





**LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS NUEVAS  
CONSTITUCIONES LATIIONAMERICANAS**



# LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS NUEVAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS

**ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ**  
*Prof. de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Extremadura*



IEP

Instituto de Estudios Políticos  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA



**tirant lo blanch**  
Valencia, 2010

Copyright © 2010

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com) (<http://www.tirant.com>).

© ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: BI  
I.S.B.N.: 978-84-9876-830-5  
IMPRIME: Gráficas Díaz Tuduri, S.L.  
MAQUETA: Pmc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com).  
En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

*A Jaume y Carme*





# SUMARIO

---

## **1. INTRODUCCIÓN: EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO**

- 1.1. Punto y aparte. Hacia un nuevo momento constituyente ..... 15

## **2. EL DEBATE ENTORNO A LOS DERECHOS SOCIALES Y SU REFLEJO EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO**

- 2.1. El acceso a los derechos sociales..... 19
- 2.2. Entorno a la naturaleza jurídica de los derechos sociales ..... 24
- 2.2.1. La visión acerca de la diferente naturaleza de los derechos..... 25
- 2.2.2. La visión acerca de las diferencias en las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos. No intervención vs intervención del Estado ..... 33
- 2.2.3. La visión acerca de las diferencias ideológicas como determinante del tratamiento que se da a los diferentes derechos ..... 35
- 2.3. La justiciabilidad de los derechos sociales..... 39
- 2.3.1. La legitimidad ..... 40
- 2.3.2. La competencia ..... 42
- 2.4. Límites y dificultades para la justiciabilidad de los derechos sociales ..... 44
- 2.4.1. La falta de especificación del contenido y alcance de los derechos sociales ..... 44
- 2.4.2. Límites procesales e inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para proteger los derechos sociales. 45
- 2.4.3. La falta de tradición en la protección jurídica de los derechos sociales..... 45
- 2.5. Los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano ..... 46

## **3. LA CONSTITUCIÓN DE PERÚ DE 1993. CONSTITUCIÓN ILEGÍTIMA Y REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES**

- 3.1. La Constitución de 1993. Golpe de Estado y autoritarismo..... 51

3.1.1. La prohibición de la acción de amparo para denunciar vulneración de derechos económicos y sociales durante el gobierno de facto absoluto .....	54
3.1.2. Eliminación del control de constitucionalidad mediante clausura del Tribunal de Garantías Constitucionales .....	55
3.2. El retroceso en el reconocimiento de los derechos sociales y la ficción de las garantías constitucionales .....	56
3.2.1. La reforma constitucional de 2004 y el menoscabo del derecho a la seguridad social.....	57
a) El caso del Decreto legislativo n° 817 de 1996.....	59
b) El caso de los cinco pensionistas .....	59
3.2.2. La ficción de las garantías constitucionales en Perú .....	62
a) La acción de amparo.....	62
b) La acción de inconstitucionalidad .....	64
c) La acción popular .....	65
d) La acción de cumplimiento .....	66

#### **4. LAS CONSTITUCIONES DE BRASIL DE 1988 Y DE COLOMBIA DE 1991. ¿LOS PRIMEROS PASOS EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES?**

4.1. La Constitución de 1988 y los derechos sociales en Brasil .....	70
4.1.1. Los derechos sociales como derechos fundamentales. ¿O no?.....	71
a) Una carta fuera de la carta. La crítica basada en la distinción entre “derechos sociales de defensa” y “derechos sociales prestacionales”.....	72
b) La no aceptación de la crítica por parte de la doctrina mayoritaria. El carácter unitario y conjunto de todos los derechos.....	73
4.1.2. Instrumentos para asegurar la efectividad de los derechos sociales.....	75
a) El Mandamiento de Seguridad simple ( <i>Mandamento da segurança</i> ) .....	76
b) Las Acciones colectivas o de protección de intereses colectivos .....	77
i) La acción popular.....	77
ii) El Mandamiento de Seguridad Colectiva ( <i>Mandamento de segurança colectiva</i> ).....	78
iii) La acción civil pública ( <i>Ação civil pública</i> ).....	81
c) La alegación de incumplimiento de un precepto fundamental .....	82
d) La inconstitucionalidad por omisión .....	84

i) El “ <i>Mandado de injuiçao</i> ”.....	84
ii) La acción de inconstitucionalidad por omisión .....	85
4.1.3. El debate entorno a los derechos adquiridos: neoliberalismo, reformas constitucionales y vulneración de la voluntad del constituyente originario.....	87
a) La concepción restrictiva del concepto “ley” usado en el artículo 5.XXXV.....	88
b) La concepción amplia del concepto “ley” usado en el artículo 5.XXXV.....	92
4.1.4. El Supremo Tribunal Federal y el carácter conservador de la jurisdicción constitucional.....	94
4.2. Los derechos sociales en la Constitución colombiana de 1991. La Corte Constitucional y el uso alternativo del derecho .....	96
4.2.1. La Constitución de 1991 y la incorporación de los derechos sociales como derechos constitucionales .....	96
4.2.2. La contraposición de la definición del Estado como “Estado Social de Derecho” con las políticas económicas y el tratamiento constitucional de los derechos sociales.....	98
4.2.3. El tratamiento constitucional degradado de los derechos sociales.....	101
a) La aplicabilidad directa de los derechos .....	103
b) Las garantías jurisdiccionales .....	104
i) La acción de tutela.....	105
ii) La acción de cumplimiento.....	110
iii) Las Acciones Colectivas: acción popular y acción de grupo .....	114
iv) La acción de inconstitucionalidad.....	117
4.2.4. Reconocimiento de la “fundamentalidad”, “progresividad” y la “eficacia frente a terceros” de los derechos sociales por vía jurisprudencial. La Corte Constitucional colombiana y la protección de los derechos sociales.....	117
a) Creación de la Corte Constitucional y “activismo jurisprudencial”.....	119
b) El reconocimiento jurisprudencial de la progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.....	125
i) La no regresividad de los derechos ya reconocidos .....	125
ii) El reconocimiento de que la satisfacción de los derechos sociales supone una cierta gradualidad.....	126
4.2.5. La protección de los derechos sociales frente a terceros particulares en la Constitución colombiana .....	129
4.2.6. Los peligros del modelo “coyuntural” colombiano de protección de los derechos sociales .....	135

## **5. LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994. DEL RECONOCIMIENTO A LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES**

5.1. Las Constituciones de 1949 y 1957. El reconocimiento de los derechos sociales en el constitucionalismo argentino .....	137
5.1.1. Los límites de los derechos sociales en la Constitución de 1957 .....	143
5.2. La reforma constitucional de 1994 y la justiciabilidad de los derechos sociales .....	144
5.2.1. El desarrollo y protección de los derechos sociales .....	145
a) Fomento del desarrollo de los derechos sociales .....	145
b) Mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos sociales.....	146
5.2.2. La jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.....	148
5.3. La Corte Suprema de Justicia: protección y prohibición de regresividad de los derechos sociales.....	153

## **6. LA PROTECCIÓN Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA DE 1999, LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 1998 Y DE 2008 Y EN LA CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA DE 2009**

6.1. El contexto histórico-político de los procesos constituyentes de Venezuela en 1999, Bolivia en 2006-2009 y Ecuador en 1998 y 2007-2008 .....	159
6.1.1. Venezuela .....	160
6.1.2. Bolivia.....	162
6.1.3. Ecuador.....	167
6.2. Estado Social e intervención del Estado en la economía .....	169
6.3. Los derechos sociales en las nuevas Constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador: igual jerarquía, indivisibilidad y cláusula abierta.....	174
6.3.1. Reconocimiento pleno e igual jerarquía de los derechos sociales.....	174
a) La propuesta de diferenciar entre derechos fundamentales y fundamentalísimos en Bolivia: la alimentación, el acceso al agua, la educación, la asistencia sanitaria, la vivienda y los servicios básicos como “Derechos fundamentalísimos” .....	179
i) La frecuencia de conflictos de derechos en sociedades en proceso de transformación social .....	182

ii) La tradición conservadora del Tribunal Constitucional y los jueces en Bolivia .....	186
b) El reconocimiento explícito de los derechos sociales para los trabajadores del sector informal .....	190
6.3.2. La indivisibilidad e interdependencia de los derechos.....	192
a) La visión neo-kantiana de la fragmentación de los derechos .....	194
b) La visión liberal de la fragmentación de los derechos.	197
6.3.3. La cláusula abierta para el reconocimiento de nuevos derechos.....	198
6.4. Justiciabilidad y garantías de los derechos sociales .....	200
6.4.1. Los derechos sociales como derechos directamente aplicables y la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.....	201
6.4.2. Prohibición de regresividad de los derechos .....	205
6.4.3. La cláusula general de igualdad “material” .....	206
6.4.4. Las garantías de políticas públicas y servicios públicos en la Constitución ecuatoriana de 2008.....	207
6.4.5. Las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales ....	208
a) La Acción de Amparo.....	210
i. Superación de los límites en los derechos tutelados	211
ii. El amparo frente a terceros: la justiciabilidad de los derechos sociales frente a particulares y corporaciones económicas.....	212
b) La acción de protección y acción extraordinaria de protección en la Constitución ecuatoriana de 2008 .....	216
c) La acción de inconstitucionalidad, la acción popular y la inconstitucionalidad por omisión .....	218
d) La acción de cumplimiento .....	221
6.4.6. Otras garantías .....	222
a) La reserva de ley orgánica .....	222
b) El Defensor del Pueblo.....	224
6.5. Los Programas sociales: La voluntad política del Estado para hacer efectivos los derechos sociales .....	227

## **7. DERECHOS SOCIALES, REDISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA E IGUALDAD SOCIAL. HACIA UNA INDIVISIBILIDAD, INTERRELACIÓN E INTERDEPENDENCIA DE LAS OBLIGACIONES**

7.1. Derechos y obligaciones .....	235
7.2. La indivisibilidad de las obligaciones. Iguales derechos iguales obligaciones .....	236

7.3. Interrelación e interdependencia de las obligaciones. Derechos y obligaciones semi-perfectas .....	239
7.3.1. La tesis de la subordinación de las obligaciones positivas a las obligaciones negativas .....	240
7.3.2. La tesis de la subordinación de las obligaciones negativas a las obligaciones positivas.....	242
7.3.3. Hacia la interrelación e interdependencia de las obligaciones. El ejemplo de la reforma agraria venezolana de 2001 y boliviana de 2006. ....	242

# 1. INTRODUCCIÓN: EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

---

## 1.1. PUNTO Y APARTE. HACIA UN NUEVO MOMENTO CONSTITUYENTE

Algunos autores<sup>1</sup> han situado el proceso constituyente colombiano de 1991 como la primera manifestación constituyente que define un punto y a parte 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 latinoamericano.

Estos rasgos comunes, presentes en los citados procesos constituyentes y en las constituciones surgidas de ellos, pueden clasificarse en dos tipos diferentes.

En primer lugar, son rasgos procedimentales. A diferencia de los procesos constituyentes anteriores que se habían desarrollado, particularmente en América Latina, y siguiendo el ejemplo europeo, de espaldas a la población<sup>2</sup>, estos serán procesos activados mediante refe-

---

<sup>1</sup> R. VICIANO y R. MARTÍNEZ. “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En *Àgora. Revista de Ciencias Sociales*. Fundación CEPS. Valencia. España. No. 13. 2005, pp. 55-68.

<sup>2</sup> El último ejemplo de proceso constituyente realizado de espaldas a la población en Europa, lo encontramos en la fracasada “Constitución Europea”. En primer lugar, los ciudadanos no pudieron discutir el articulado de la futura “Constitución”. Desde el punto de vista de la participación ciudadana, la apertura de un sitio web de la Convención y el limitado derecho de audiencia concedido a algunos “interlocutores sociales” no pueden sino considerarse un pobre sucedáneo de lo que cabía esperar de un momento extraordinario de movilización y deliberación como es un “momento constituyente”. Segundo, tampoco pudieron escoger a los miembros de una Asamblea Constituyente encargada de redactar la Constitución, tal trabajo lo hizo una Convención “fantasma” elegida a dedo por el Consejo Europeo.

rendo por el pueblo<sup>3</sup>, que suponen un rescate de los principios de soberanía popular y de la doctrina clásica del poder constituyente mediante la elección democrática de una Asamblea Constituyente originaria<sup>4</sup>

---

El plenario de la Convención no se reunió más que una o dos veces por mes de los quince que duraron los debates (y sólo media jornada). La voz cantante en todo el proceso la llevó el *Praesidium*, un reducido grupo de notables integrado por doce personalidades y capitaneados por el conservador Valéry Giscard d'Estaing. En esas sesiones, el ex-presidente francés impuso el curioso procedimiento de no votar y se reservó la interpretación de los consensos alcanzados. En la práctica, de hecho, fueron él mismo y los propios ejecutivos de los Estados que lo habían nombrado quienes se hicieron con el monopolio del poder de apertura y cierre de la reforma, manteniendo un control cerril sobre los canales de participación tímidamente abiertos. Y, en tercer lugar, se negó también el derecho de los ciudadanos a pronunciarse mediante referéndum. En Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Eslovaquia y Eslovenia, el texto se aprobó o tenía que aprobarse por vía parlamentaria (el gobierno de cada Estado miembro podía decidir si la ratificación del proyecto de Tratado Constitucional se hacía, en su país, por vía parlamentaria o por vía de referéndum popular) sin que los ciudadanos pudieran opinar. Y en aquellos otros Estados donde se había optado por la opción de celebrar referendo, después del “noes” de los ciudadanos franceses y holandeses, se suspendieron los otros referendos por miedo a que los *noes* se extendieran, y se adoptaron medidas, primero de prórroga de los referendos hasta estar seguros de que iba a ganar el sí, adoptadas en el Consejo Europeo de Bruselas del 16 y 17 de junio de 2005, y luego, en ver que esto difícilmente iba a pasar nunca, de suspensión definitiva de los referendos y aprobación del texto por los Estados, en formato “tratado”, lo que les permitía no tener que preguntar a la ciudadanía, en el Consejo Europeo de Lisboa el 13 de diciembre de 2007. (Ver: A. NOGUERA. “¿Porqué una Constitución en Europa? Vacuidades y falsedades sobre el carácter constituyente del Tratado Constitucional Europeo”. *Revista Direito e Democracia*. ULBRA. Vol. 8 núm. 1. Brasil. 2007, pp. 4-31).

<sup>3</sup> La única excepción de los procesos Constituyentes citados es Bolivia, donde en aplicación del artículo 232 de la Constitución de 1967: “La Reforma total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente, que será convocada por Ley Especial de convocatoria (...), que será sancionada por dos tercios de voto de los miembros presentes del Congreso Nacional y no podrá ser vetada por el Presidente de la República”, la Asamblea Constituyente fue convocada mediante Ley (Ley núm. 3364 de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, de 6 de marzo de 2006).

<sup>4</sup> Para poner algunos ejemplos, en el caso de Colombia, la sentencia de 9 de diciembre de 1990 de la Corte Suprema de Justicia (Exp. No. 2214) declaraba el carácter originario de la Asamblea Constituyente. En Bolivia, el



con funciones de redacción de un proyecto de Constitución que debe someterse a ratificación popular<sup>5</sup>.

Y, en segundo lugar, son también rasgos de contenido. 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.

Uno de estos nuevos rasgos de contenido que diferencian claramente estas constituciones con respecto a las anteriores, es el reconocimiento de los derechos sociales como derechos constitucionales o fundamentales y, por tanto, justiciables. Esta tendencia se había iniciado ya, aunque de manera incompleta y muy lejos aún de constituirse como ejemplo ideal, con la Constitución brasileña 1988, seguirá con la Constitución colombiana de 1991 y la reforma constitucional argentina de 1994, y quedará plenamente consolidada con la Constitución de Ecuador de 1998, la Constitución bolivariana de Venezuela de 1999, la Constitución de Ecuador de 2008 y la Constitución de Bolivia de 2009.

---

artículo 1 del Reglamento de funcionamiento de la Asamblea Constituyente establecía: “La Asamblea Constituyente es Originaria, porque radica en la voluntad de cambio del pueblo como titular de la Soberanía de la Nación. (...)Se encuentra legítimamente por encima del poder constituido. La Asamblea Constituyente tiene plenos poderes para redactar el nuevo texto constitucional y tiene como mandato transformar y construir un Nuevo Estado Boliviano”. O, en Ecuador, la pregunta de la consulta popular celebrada el 15 de abril de 2007 para activar la Asamblea Constituyente, decía: “¿Aprueba usted que se convoque y se instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?”.

<sup>5</sup> Sobre la activación democrática de estos procesos constituyentes, ver: R. MARTÍNEZ. “El proceso constituyente venezolano de 1999: un ejemplo de activación democrática del poder constituyente”. En R. VICIANO y L. SALAMANCA (eds.). *El Sistema Político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*. Vadell Hermanos, Caracas, 2004 (edición española de Tirant lo Blanch, Valencia, 2005).

Estos nuevos textos constitucionales han abierto, sin duda, una nueva época óptima para que pueda darse con plenitud el debate, reconocimiento y justiciabilidad de los derechos sociales en la región. Evidentemente, no podemos hablar de una situación homogénea en todos los países, todavía es posible diferenciar países donde la doctrina tradicional de los derechos sociales entendidos como “no-derechos” y, por tanto, no recurribles ante las cortes, predomina, es el caso de Chile, Perú, México y los Estados centro-americanos.

En el presente trabajo realizaré primero una presentación de los principales debates y problemas teóricos que se discuten entorno a los derechos sociales en la doctrina actual, para circunscribir luego estos en el contexto del constitucionalismo latinoamericano de hoy, poniendo especial énfasis en algunos de los últimos procesos constituyentes que se han dado. Evidentemente, las limitaciones del propio trabajo impedirán hacer un análisis de todas las nuevas constituciones aprobadas desde finales de los 80 inicios de los 90 hasta hoy en los países latinoamericanos: Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Ecuador (1998), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), o de las reformas parciales de constituciones: Uruguay (1989), Chile (1989, 1991 y 1994), Honduras (con varias reformas en los años 80, 1990, 1991 y 1993), Panamá (1991, 1993, 1994 y 1995), El Salvador (1991 y 1992), Cuba (1992), Argentina (1994), México (1993, 1994 y 1995), Bolivia (1994), Nicaragua (1995) y Brasil (1993, 1994 y 1995). Trataré sólo algunos de estos procesos, aquellos que desde el punto de vista de los derechos sociales han tenido mayor relevancia, ya sea por el retroceso (Perú) o avance (Brasil, Argentina, Ecuador, Venezuela y Bolivia) que en esta materia han supuesto en sus respectivos países.

Al final, veremos como el avance en reconocimiento, protección y justiciabilidad que algunas de las nuevas constituciones latinoamericanas 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 democrático redistributivo de la riqueza y, por tanto, tendente a la creación de mayores niveles de igualdad social en sociedades, hasta nuestros días, totalmente inequitativas.

## 2. EL DEBATE ENTORNO A LOS DERECHOS SOCIALES Y SU REFLEJO EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

---

### 2.1. EL ACCESO A LOS DERECHOS SOCIALES

Si tuviéramos que definir los derechos sociales de alguna manera, diríamos que son aquellas disposiciones legales que son necesarias para la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos. Necesidades que son normalmente solventadas —en aquellos países donde lo son— a partir de tres pilares principales:

Un primer pilar, que es el conjunto de programas de la seguridad social y de fiscalidad, diseñados con el propósito de asegurar una seguridad económica mínima para todas las personas, la redistribución de los recursos y la disminución de la pobreza. Los principales ejemplos son, entre otros, el ingreso mínimo, las pensiones, los beneficios para los desempleados, ayudas familiares y de maternidad, etc.

Un segundo pilar, que consiste en la red de servicios sociales. Los principales son los servicios de sanidad, educación y la vivienda. Estos servicios sociales tienen la función adicional de proporcionar empleo a aquellos que trabajan en ellos.

Y, un tercer pilar es la regulación de las relaciones en el mercado de trabajo, reconociendo y protegiendo los derechos de los trabajadores<sup>1</sup>.

A la vez, si tuviéramos que buscar el factor o fuente material de la que surgen los derechos sociales, la ubicaríamos en la pobreza. Como dice C. Rosenkrantz, el problema de la pobreza tiene un carácter colectivo y como tal afecta, principalmente, al derecho público. Los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, así como la idea de derechos sociales, que se contienen en muchas constitucio-

---

<sup>1</sup> M. DALY. *Acces to social rights in Europe*. Consejo de la Unión Europea. Estrasburgo, 2002, pp. 17-18.

nes modernas son expresión de la influencia del tema de la pobreza sobre el derecho<sup>2</sup>.

Aunque como nos explica G. Pisarello, desmontando la tesis de los derechos sociales como derechos generacionalmente posteriores a los derechos civiles y políticos<sup>3</sup>, ya en épocas de la república romana, el medievo o la revolución francesa encontramos ejemplos de políticas institucionales dirigidas a resolver situaciones de pobreza y exclusión social, podemos afirmar que es después de la primera guerra mundial cuando los derechos sociales empiezan a incorporarse de una manera generalizada en las constituciones.

Los fenómenos, en Europa, de la industrialización y la concentración industrial en las ciudades contribuyeron a la creación de una nueva clase social con unas condiciones de vida lamentables, la clase obrera, que se organizó y empezó una fuerte lucha por la subsistencia y la seguridad material.

La necesidad de desarmar la “bomba” que significaba para el Estado la creciente “cuestión social” obligó ya a finales del siglo XIX, a gobiernos claramente aliados con las élites capitalistas de sus respectivos países, como el del canciller Von Bismarck en Alemania, o Theodore Roosevelt en Estados Unidos, a adoptar respectivamente, un conjunto de medidas en materia de seguridad social y en materia de deshacer el poder económico-político logrado a través de posiciones monopolísticas de ciertas industrias<sup>4</sup>. Aunque fue las expecta-

---

<sup>2</sup> P. RUIZ TAGLE-VIAL. “Pobreza y creación de derechos fundamentales”. En *Derecho y pobreza*. Editores del puerto. Buenos Aires, 2006, p. 77.

<sup>3</sup> G. PISARELLO. *Los derechos sociales y sus garantías*. Trotta. Madrid, 2007, pp. 19-25.

<sup>4</sup> La cuestión en Estados Unidos fue algo diferente que en Europa ya que, contrariamente a la tradición judicial europea, la Corte Suprema había, desde comienzos del siglo XIX (en el caso *Marbury contra Madison* de 1803), afirmado para sí la prerrogativa de efectuar control judicial de la legislación, al declararla nula si contradecía la Constitución. Esta prerrogativa implicaba que la Corte tenía la posibilidad de interponer la Constitución frente a los deseos políticos del gobierno o del legislador, y de hecho, así lo hizo frente a la legislación económica que fue apareciendo. Las medidas legislativas de Roosevelt encaminadas, primero, a intervenir en el mercado de trabajo para dar protección a los trabajadores que no podían defenderse con las herramientas que les daba el derecho privado y, segundo, a destruir mediante normas antimonopólicas una marcada concentración económica y política en varios sectores industriales, fueron anuladas por la Corte

tivas que en el movimiento obrero, había abierto la Revolución y la Constitución mexicana de 1917 y, especialmente en Europa, la Revolución soviética y la aprobación por parte de esta de su primera versión constitucional llamada “Declaración de derechos del pueblo trabajador y explotado”, de 1918, la que obligó a los Estado liberales a avanzar hacia el llamado “Estado social”, incorporando un conjunto de derechos sociales en sus constituciones, con el objetivo de neutralizar el pujante movimiento socialista y comunista que amenazaba con una revolución.

Algunas de las primeras constituciones, en Europa, que incorporaron los derechos sociales fueron la Constitución republicana española de 1931 o la de la República de Weimer de 1919 en la cual se establecían algunas normas tendentes a proteger determinados aspectos sociales. Después de la segunda guerra mundial, la tendencia de reconocer derechos sociales se reanudó con constituciones como las de Islandia de 1944, Francia de 1946 y 1958, aunque esta última caracterizada por el acento autoritario que le imprimió De Gaulle, Italia de 1947, Alemania Occidental de 1949, Grecia de 1951 y 1975, Turquía de 1961, revisada en 1971 y en 1973-74, y de 1982, Portugal de 1976, revisada en 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 y en 2005, y España de 1978<sup>5</sup>.

Sin embargo, con el advenimiento a partir de la década de los 80: 1. de la caída de legitimidad que padeció el “Welfare State” a raíz de la primera gran crisis energética, que originó las políticas sociales restrictivas, impulsadas por Reagan y Thatcher desde el centro del sistema; y, 2. el surgimiento de la tercera revolución industrial y su consecuencia, la mundialización capitalista, dando origen a un único sistema mundial, en el que predomina la lógica capitalista y sus relaciones sociales; se inicia la consolidación del modelo económico

---

Suprema de Justicia de los Estados Unidos, mediante la conocida como “jurisprudencia Lochner”, por violación de los requisitos de debido proceso exigidos para menguar o limitar derechos de propiedad. (D.E. LÓPEZ. “El Constitucionalismo social: Genealogía mundial y desarrollo local de los derechos sociales, económicos y culturales a partir de la Constitución colombiana de 1991”. En C. M. MOLINA. *La Corte Constitucional. 10 años, balance y perspectivas*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2003, pp. 283-284.

<sup>5</sup> P. BISCARETTI DI RUFFIA. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Fondo de Cultura Económico. México, 1996, p. 514.

neoliberal caracterizado, entre otros aspectos, por el desmantelamiento del Estado social<sup>6</sup>.

Se suelen formular dos tipos de argumentaciones para explicar el desmantelamiento de los derechos sociales:

La primera argumentación se centra en un posible cambio de los valores de solidaridad en los individuos<sup>7</sup>. Si los valores básicos de igualdad y solidaridad social que sustentan los derechos sociales ya no se incluyen como parte de las prioridades del nuevo ciudadano individualista, caracterizado por desentenderse y contemplar la “cosa pública” desde su nicho consumista<sup>8</sup>, la protección de los derechos sociales ya no se constituye como un sistema de legitimación válido para el Estado, este debe buscar ahora nuevos sistema de legitimación basados en una eficiencia técnico-productiva que le atribuyan la procuración indefinida de un 2 o 3% anual de crecimiento de las rentas y, por tanto, de la capacidad de consumo de sus habitantes<sup>9</sup>.

La segunda argumentación en contra de los derechos sociales es que la naturaleza de las necesidades básicas ha cambiado, especialmente en los países de desarrollo avanzado, donde han surgido nuevas necesidades básicas como la cuestión de la bioética o la protección de la información personal, por tanto ya no hay razones para reclamar los derechos sociales. No obstante, un repaso a las cifras de la Unión Europea que señalan que cerca de un 18% de total de ciudadanos de los países miembros viven en situación de pobreza<sup>10</sup>, situación agravada en los países ex-socialistas de la Europa central donde entre un 9% y un 45% de la población se consideraba que estaban en situación de pobreza en el año 2000 (Rumania 45%, Polonia

---

<sup>6</sup> Sobre ello, ver: C. de CABO. *Crisis del Estado Social*. PPU. Barcelona, 1986.

<sup>7</sup> Ver: R. PLANT. “Citizenchip, rights and welfare”. En A. COOTE (ed.). *The welfare of citizens: developing new social rights*. IPPR/Rivers Oram Press. Londres, 1992, p. 16.

<sup>8</sup> Ver: N. POSTMAN. *Divertirse hasta morir. El discurso público en la era del show business*. La Tempestad. Barcelona, 1991; y, G. DEBORD. *Comentarios sobre la sociedad del espectáculo*. Anagrama. Barcelona, 1990.

<sup>9</sup> Ver: A. NOGUERA. *El derecho en la legitimación del poder. Del constitucionalismo liberal clásico a la crisis del Derecho Constitucional*. Ediciones Cooperativas. Buenos Aires, 2007, pp. 165-169.

<sup>10</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Draft joint report on social inclusion*. Bruselas, 2001, p. 16.

18%, Hungría 9%), y la Europa del este, donde la cifra era de entre el 40% y el 75% (Rusia 40%, Armenia 45%, Ucrania 50%, Azerbaijan 60%, Georgia 60%, Moldova 75%)<sup>11</sup>; hacen difícilmente creíble que el reconocimiento y eficacia de los derechos sociales ya no sea una necesidad básica.

En consecuencia, no hay duda que el rescate de un reconocimiento y de las garantías de acceso a los derechos sociales se constituye como una prioridad en nuestras sociedades. Realizar un estudio acerca de cómo garantizar el acceso a los derechos sociales es algo complejo ya que abarca, necesariamente, distintas disciplinas. El acceso o no de los ciudadanos a los derechos sociales depende de tres elementos fundamentales, cuyo estudio corresponde a tres disciplinas distintas:

Uno, del estatuto constitucional o legal que se reconozca a los derechos sociales en un ordenamiento jurídico determinado, así como las posibilidades de justiciabilidad de estos derechos que el ordenamiento otorgue. Elemento cuyo estudio corresponde a la disciplina jurídica.

Dos, de que la administración pública aporte los programas sociales, condiciones y recursos necesarios para que los derechos sociales puedan realizarse. Esto es especialmente importante en el caso de lo que más arriba he llamado el segundo pilar de estos derechos, los servicios sociales. Elemento cuyo estudio corresponde a la disciplina de las políticas públicas, propia de la Ciencia Política.

Y, tres, de la situación del potencial demandante de los derechos, incluidas las capacidades y recursos de los que disponga. El poder acceder a los derechos sociales no sólo depende de la situación jurídica en que se encuentren las personas, el restablecimiento de un derecho social vulnerado implica tener que movilizar un conjunto de recursos económicos, intelectuales, socio-culturales, de información y conocimiento, facilidad lingüística, etc. de los que, muchas veces, no disponen aquellos grupos sociales en situación de vulnerabilidad. Elemento cuyo estudio corresponde a la disciplina sociológica<sup>12</sup>.

Estos tres elementos deben entenderse, necesariamente, como interrelacionados o interconectados. Ahora bien, sin menoscabo de

---

<sup>11</sup> <http://www.odci.gov>

<sup>12</sup> M. DALY. *Acces to social rights in Europe*. Ob. cit., pp. 31-32.

esta indivisibilidad, el presente trabajo, enmarcado dentro de la disciplina del derecho constitucional, realizará un análisis del primer elemento citado para garantizar el acceso a los derechos sociales, es decir, un estudio del tipo de reconocimiento legal que las distintas constituciones, en concreto se centrará en las últimas constituciones o reformas constitucionales parciales aprobadas en América Latina desde finales de los 80 e inicios de la década de los 90 hasta la actualidad, hacen de los derechos sociales y de las posibilidades de justiciabilidad de los mismos.

## 2.2. ENTORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Uno de los principales debates en materia de derechos sociales ha sido y continua siendo hoy en día, el de su situación de “minoría de edad” en relación con los derechos civiles y políticos. Es comúnmente conocido el hecho de que es mucho más fácil, en la práctica, lograr por vía jurisdiccional la protección de un derecho civil o político, que la de un derecho social. Este es un desequilibrio reconocido por el propio Comité de Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), que en su Comentario General núm. 9 sobre la aplicación en los distintos países del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), reconoce una inferior posibilidad de los ciudadanos de poder reclamar por vía judicial, tanto a nivel internacional como nacional, una efectiva implementación de sus derechos sociales que de sus derechos civiles y políticos<sup>13</sup>.

Las tesis que, en el interior de la doctrina, se dan para explicar este desequilibrio entre grupos de derechos varían según los autores. A grandes rasgos, podemos diferenciar tres tipos de argumentaciones: una primera visión que señala que el trato diferente responde a las diferentes características que presentan los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos sociales<sup>14</sup>. Una segunda visión que

---

<sup>13</sup> Véase UN Doc.E/C.12/1998/24,#10.

<sup>14</sup> Por ejemplo, ver: L. HENKIN. *The Internacional Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*. Columbia University Press. Nueva York, 1981; A.H. ROBERTSON y J.G. MERRILLS. *Human Rights in the*



afirma que no es el carácter de los derechos lo que es diferente sino la naturaleza de las medidas que se necesitan para hacerlos efectivos<sup>15</sup>. Y, finalmente, una tercera que señala que el trato diferente tiene que ver más con diferencias ideológicas que con diferencias conceptuales o teóricas de los derechos entre ellos<sup>16</sup>.

### **2.2.1. La visión acerca de la diferente naturaleza de los derechos**

Esta visión de una distinta naturaleza de los diferentes grupos de derechos ha servido para apoyar la concepción de que los derechos sociales no son derechos sino que son otro tipo de normas legales, concretamente, garantías institucionales, principios o directrices para guiar las políticas sociales<sup>17</sup>, ejemplo de esta visión es la Constitución española de 1978<sup>18</sup>. Ello ha servido para ponerlo en

*world*. Manchester University Press. Manchester, 1989; M. BOSSUYT. "International Human Rights Systems: Strengths and Weakness". En K. MAHONEY y P. MAHONEY (eds.). *Human Rights in the Twenty-first century*. Dordrecht. Martinus Nijhoff, 1993.

<sup>15</sup> V. KARTASHKIN. "Economic, Social and Cultural Rights". En K. VASAK y P. ALSTON (eds.). *The International Dimensions of Human Rights*. Greenwood Press. Paris, 1982, Vol. I, p. 112; E. Van de LUYTGAARDEN. *Introduction to the theory of Human Rights Law*. Universidad de Utrecht. Holanda, 1993.

<sup>16</sup> P. HUNT. *Reclaiming Social Rights. International and Comparatives Perspectives*. Dartmouth. Great Britain, 1996, pp. 7 y ss.

<sup>17</sup> Ver: A. EIDE. "Economic, social and cultural rights as human rights". En A. EIDE, K. KRAUSE y A. ROSAS (eds.). *Economic, social and cultural rights: a textbook*. Martinus Nijhoff. Dordrecht, 1995, p. 22; E.W. BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Nomos. Baden-Baden, 1993; y, F. LAPORTA. "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema". En J. BETEGÓN et.al. (ed.). *Constitución y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004, pp. 297-326.

<sup>18</sup> 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" (J. JIMÉNEZ CAMPO. *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*. Trotta. Madrid, 1999, p. 24), o como "declaraciones retóricas que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista

conexión con la idea de que los derechos civiles y políticos son derechos que requieren de especial protección y los sociales no<sup>19</sup>.

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

---

jurídico” (F. GARRIDO FALLA. “El artículo 53 de la Constitución”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. 21 (1979), p. 176). Además así lo considera el propio Tribunal Constitucional. 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, estos 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 su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual” (STC 134/1987). (L. PRIETO SANCHÍS. “El constitucionalismo de los derechos”. En M. CARBONELL (ed.). *Teorías del neoconstitucionalismo*. Trotta. Madrid, 2007, p. 232).

<sup>19</sup> Un ejemplo de esta injustificada distinción en la protección de los derechos, es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Aunque asume en principio la interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos, los adscribe a valores o principios diferenciados (dignidad, libertad, solidaridad, ciudadanía y justicia), reproduciendo el prejuicio de considerar unos derechos de mayor peso axiológico que otros. Los derechos sociales (con la excepción de la libertad de trabajar y el derecho a la educación) aparecen consagrados como derechos de solidaridad, condicionados a lo que se establezca en “el derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales”. Los derechos civiles, en cambio, se configuran como derechos de dignidad o de justicia junto a la propiedad y a la libertad de empresa, bajo el sintomático título común de libertad. (G. PISARELLO. *Los derechos sociales y sus garantías*. Ob. cit., p.57).

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 preferencias<sup>20</sup>.

Este es un argumento totalmente falso.

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

Existen diversas teorizaciones sobre la no universalidad de los derechos sociales. M. Cranston<sup>21</sup> afirma que los derechos sociales no son universales, sino condicionales. 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 condicionales<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Ver: R. PLANT. “Needs, Agency and Welfare Rights”. En J.D. MOON (ed.). *Responsability, Rights and Welfare: A Theory of the Welfare State*. Westview Press. Boulder, 1988.

<sup>21</sup> M. CRANSTON. “Human Rights, Real and Supposed. En D.D. RÁPALE (ed.). *Political Theory and the Rights of Man*. Macmillan. Londres, 1967.

<sup>22</sup> Sobre la distinción entre derechos condicionales y derechos categóricos, ver: J.J. THOMPSON. *The Realm of Rights*. Harvard University Press. Cambridge, 1990.

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 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 titulares<sup>23</sup>.

Existe otro argumento contra la universalidad de los derechos sociales elaborado por L.W. Sumner<sup>24</sup> 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 demandas. La respuesta a este argumento la ha desarrollado C. Fried<sup>25</sup>, 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 respectivo.

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 universal<sup>26/27</sup>.

---

<sup>23</sup> C. FABRE. *Social Rights under the Constitution*. Clarendon Press. Oxford, 2000, pp. 26-32.

<sup>24</sup> L. W. SUMNER. *The Moral Foundation of Rights*. Clarendon Press. Oxford, 1987.

<sup>25</sup> C. FRIED. *Right and Wrong*. Harvard University Press. Cambridge, 1978.

<sup>26</sup> C. FABRE. "Social Rights under the Constitution". Ob. cit.

<sup>27</sup> 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

“...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, 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<sup>28</sup>. Paralelamente, una cada vez mayor jurisprudencia de casos nacionales en materia de derechos sociales ayuda también a ofrecer criterios de interpretación de los mismos, resoluciones de la Corte Suprema y de las cortes inferiores de Argentina en relación al derecho a la asistencia sanitaria<sup>29</sup>, numerosas sentencias de la Corte

---

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: A. SEN. *Inequality Re-Examined*. Clarendon Press. Oxford, 1992.).

<sup>28</sup> 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).

<sup>29</sup> 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 (C. COURTIS. “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”. En R. GARGARELLA, P. DOMINGO y T. ROUX (eds.). *Courts and Social Transformation in New*

Constitucional colombiana o jurisprudencia de protección del consumidor y del medioambiente en Brasil<sup>30</sup>.

*“...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:

1. 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, respectivamente, en el fundamento de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales y colectivos<sup>31</sup>; y,

---

*Democracies: an institutional voice for the poor?* Ashgate. Aldershot, 2006, p. 181. Nota 15).

<sup>30</sup> Ibid., p. 172.

<sup>31</sup> 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 en su artículo “¿Qué alternativas a la democracia representativa?, 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 justi-

2. 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

---

ficaba 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 (ver N. BOBBIO. “¿Qué alternativas a la democracia representativa?”. En *Revista de Ciencias Sociales*. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Universidad de Chile. No. 16. Valparaíso, 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 (ver: G. PECES-BARBA. *Lecciones de derechos fundamentales*. Dykinson. Madrid, 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 derecho 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. (L. FERRAJOLI. “Sobre los Derechos fundamentales”).

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 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 justicia-bilidad 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.

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 interrelacionados<sup>32</sup>. 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.

---

En M. CARBONELL (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ob. cit., pp. 72-73).

<sup>32</sup> UN Do.A/CONF. 157/23, #I.5



### **2.2.2. La visión acerca de las diferencias en las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos. No intervención vs intervención del Estado**

Esta es una visión que diferencia entre los derechos civiles y políticos como derechos “negativos” y los derechos sociales como derechos “positivos”<sup>33</sup>.

La clasificación responde al hecho de que, según afirman los defensores de esta visión, 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 Estado<sup>34</sup>.

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 aplicarlos<sup>35</sup>.

Esta argumentación ha sido usada muchas veces para justificar la exclusión de los derechos sociales de las constituciones. “Una Constitución —dicen los defensores de esta postura— nos está hecha para la consolidación de los derechos positivos. Al fin y al cabo,

---

<sup>33</sup> La diferencia entre derechos negativos y positivos ha sido establecida por C. FRIED, *Right and Wrong*. Ob. cit.

<sup>34</sup> Ver: G.J.H Van HOOFF. “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views”. En P. ALSTON y K. TOMASEVSKI (eds.). *The Right to food*. Martinus Nijhoff, 1984, p. 103.

<sup>35</sup> Sobre esta distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales ver: M. BOSSUYT. “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”. *Revue des droits de l’homme*. Vol. 8, 1975, pp. 789-791; y, C. HESSE. “Significado de los derechos fundamentales”. En E. BENDA, C. HESSE, J. J. VOGEL y W. MAIHOFER. *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pons-IVAP. Madrid, 1996, pp. 97-105.

la constitución es un documento que se supone protege de la intromisión en la vida de la gente por parte del Estado o de la otra gente, pero no es un documento para reivindicar la acción del gobierno”<sup>36</sup>.

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 electoral<sup>37/38</sup>. De acuerdo con la argumentación de los defensores de excluir los derechos sociales de las constituciones, estos derechos civiles o políticos positivos tampoco deberían reconocerse en la constitución<sup>39</sup>.

Y segundo, porque aunque reconocer los derechos sociales implicara mayor costo económico que reconocer los civiles o políticos, sea

---

<sup>36</sup> Ver: C. PEREIRA-MENAULT. “Against Positive Rights”. *Valparaiso Law Review*. 22, 1988, pp. 359-383; Ver también: W. KYMLICKA y J. NORMAN. “The Social Charter Debate: Shouls Social Justice Be Constitutionalised?”. *Network Analyses: Analysis*. Núm. 2. Ottawa, 1992.

<sup>37</sup> C. FABRE. *Social Rights under the Constitution*. Ob. cit., p. 44.

<sup>38</sup> Tampoco los derechos sociales conllevan sólo obligaciones positivas, sino también negativas. Por ejemplo, el derecho a la subsistencia conlleva unas obligaciones negativas, tanto del Estado como de las demás personas, de abstenerse de actuar contra nadie en manera que menoscabe sus recursos 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.

<sup>39</sup> R. Alexy dice que los “derechos a prestaciones” no sólo son los derechos sociales, los derechos individuales clásicos pueden ser también “derechos a prestaciones”. En sentido amplio, Alexy dice que los “derechos a prestaciones” pueden ser divididos en tres grandes grupos: 1) derechos a protección; 2) derechos a organización y procedimiento; y, 3) derechos a prestaciones en sentido estricto. (R. ALEXY. *Teoría de los derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997, p. 430).

el que sea, ello no es justificación para no garantizar su plena eficacia. Y sino, 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 las cortes 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, las cortes 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 personas<sup>40</sup>.

Con ello, las Cortes norteamericanas 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.

### ***2.2.3. La visión acerca de las diferencias ideológicas como determinante del tratamiento que se da a los diferentes derechos***

En contradicción con una concepción integral de los derechos fundamentales como derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes, se han planteado históricamente diferentes tesis sobre los derechos fundamentales que los limitan en su contenido, recha-

---

<sup>40</sup> “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 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 P. HUNT. “Reclaiming Social Rights. International and Comparative Perspectives”. *Ob. cit.*, p. 56.

zando, por razones ideológicas, un grupo de derechos y aceptando los otros como si fueran su totalidad<sup>41</sup>. Las dos grandes corrientes en este sentido son la tesis liberal de negación parcial de los derechos y la del socialismo real.

La tesis liberal de negación parcial de los derechos, y que a diferencia de la socialista real está en vigencia todavía hoy, limita los derechos fundamentales a aquellos que suponen una no interferencia en la libre autonomía de la voluntad individual, es decir, a los derechos civiles y políticos. A este grupo de derechos se lo considera cerrado y excluyente y se rechaza cualquier ampliación pensando que pondría en peligro la libertad. Por tanto, su rechazo afectará a los derechos sociales que no se los considera derechos fundamentales<sup>42/43</sup>.

Por otro lado, la negación parcial de los derechos propia del socialismo real era la que identificaba los derechos fundamentales con los derechos económicos, sociales y culturales y rechazaba los derechos individuales.

P. Alston argumenta que la guerra fría cambió lo que venía siendo un debate equilibrado de los derechos entre 1914 y 1947, y que culminó con la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, hacia una lucha entre bloques ideológicos opues-

---

<sup>41</sup> G. Peces-Barba denomina a estas tesis, “negaciones parciales” de los derechos fundamentales. (G. PECES-BARBA. “Lecciones de derechos fundamentales”. Ob. cit., pp. 58 y ss).

<sup>42</sup> Ejemplos de esta visión liberal de negación parcial de los derechos fundamentales fueron, por ejemplo, B. Constant en su Discurso ante el Ateneo de París, en 1819, “Libertad de los antiguos y libertad de los modernos”, Cánovas del Castillo en España, o en la actualidad F. A. Hayek (*Law, legislation and liberty*. Vol. II. “The mirage of social justice”. Routledge & Kegan Paul. Londres, 1976); y, M. Cranston. (*What are Human Rights?* Taplinger Pub. Co. Nueva York, 1973).

<sup>43</sup> Como decía K. Schmitt: “en un Estado burgués de derecho no pueden ser considerados como derechos fundamentales más que los derechos de libertad del hombre individual, porque sólo ellos pueden corresponder al principio básico de distribución del Estado burgués de derecho: esfera de libertad ilimitada en principio, facultad estatal de intervención limitada en principio. Todos los otros derechos, por muy importantes que se consideren y por muy fuertes que sean las garantías y solemnidades con que se incluyan en la regulación de la Ley constitucional, no pueden ser nunca más que derechos limitados, en principio”. (K. SCHMITT. *Teoría de la Constitución*. Alianza. Madrid, 1982, p. 184).

tos, cada uno de ellos anclado en la defensa de un grupo de derechos y exclusión de los otros. Inevitablemente este conflicto ha traído nefastas consecuencias para los derechos sociales, reforzando la identificación de los derechos sociales como un grupo de derechos diferentes y separados de los civiles y políticos<sup>44</sup>.

La máxima expresión del enfrentamiento ideológico entre ambas tesis se produjo en 1966 con la aprobación por separado, en la Asamblea General de Naciones Unidas, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) por un lado, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) por el otro. Ante la imposibilidad de los países miembros de Naciones Unidas, divididos en dos bloques ideológicos —capitalista y socialista— de negación parcial de derechos, de aprobar conjuntamente un único pacto internacional integral de derechos humanos que estableciera mecanismos conjuntos de protección y garantía de todos los derechos, ambos pactos fueron aprobados por separado.

Aunque en la actualidad la mayoría de Estados que han ratificado el PIDCP, han ratificado también el PIDESC, todavía quedan algunos Estado que han firmado el primero pero se niegan a ratificar el segundo, como por ejemplo, Estados Unidos.

Si bien en enero de 1989, en el seguimiento de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, el llamado proceso de Helsinki, Estados Unidos firmó la Declaración de Viena, en la que se reconoce que “la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales es de especial importancia para la dignidad humana y para el logro de las legítimas aspiraciones de cada individuo”, comprometiéndose, por tanto, a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos sociales y a considerar su adhesión al PIDESC, todavía hoy, este país no ha ratificado el pacto. Las principales objeciones de Estados Unidos a ratificar el Pacto Internacional de DESC son, básicamente, dos: la negación a aceptar que los derechos sociales se puedan definir como “derechos”<sup>45</sup>, y la negación a aceptar la naturaleza

---

<sup>44</sup> P. ALSTON. “Economic and Social Rights”. En L. HENKIN y J.L. HARGROVE (eds.). *Human Rights: an Agenda for the Next Century*. ASIL. Washington DC, 1994, p. 152.

<sup>45</sup> Para poner sólo un ejemplo, en los primeros años de la administración de R. Reagan en Estados Unidos, un memorando interno sobre la política en materia de Derechos, del Departamento de Estado y aprobado por el

de las obligaciones que el pacto establece a los Estados firmantes<sup>46</sup>. En consecuencia, en Estados Unidos la tradición cultural continúa basándose en una fuerte fe en el pleno liberalismo económico y en un papel muy poco intervencionista del Estado en materia de bienestar, esto hace que los derechos sociales sean entendidos como un re-empoderamiento del Estado, del intervencionismo del Estado y por tanto, en contra del libre mercado.

También en otras culturas no occidentales encontramos resistencia a aceptar parte de los derechos sociales, por razones ideológicas. En muchos Estados islámicos, existe resistencia cultural a determinados derechos sociales, económicos y culturales como los que esta-

---

Secretario de Estado Alexander Haig, el cual posteriormente se ha demostrado que tuvo gran impacto en las políticas del país, establecía entre otras cuestiones un rechazo frontal a los derechos sociales. En él se establece que, a los efectos de las futuras políticas de los Estados Unidos en esta materia, los derechos humanos se definirán únicamente como “derechos políticos y libertades civiles”, incluso plantea la necesidad de dejar de hablar de derechos humanos en general y empezar a hablar únicamente de “derechos individuales”, “derechos políticos” y “libertades civiles”, para de esta manera dejar sin efecto el concepto de derechos sociales. Esta estrategia fue rápidamente aplicada mediante la supresión de las secciones relativas a los derechos económicos y sociales del primer informe anual del Departamento de Estado sobre derechos humanos presentado al Congreso por el gobierno Reagan en febrero de 1982. (P. ALSTON. “U.S. Ratification of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: The need for an Entirely new strategy”. *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990, pp. 365-393).

<sup>46</sup> Si Estados Unidos firmara el Pacto estaría obligado, de acuerdo con los compromisos que adquieren los Estados al firmarlo, a tener que presentar un primer informe completo de las acciones llevadas a cabo durante los dos primeros años para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 2.1 del Pacto: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Así como, posteriormente presentar informes de seguimiento cada 5 años. Estos informes deberían presentarse ante el Comité de Naciones Unidas para los DESC, que en un diálogo constructivo con los Estados insta a estos a cumplir, dentro de su territorio, con las medidas necesarias para garantizar un cumplimiento efectivo de los derechos sociales.

blecen la igualdad entre hombre y mujer, incluyendo igual acceso a la educación, igual remuneración por igual trabajo, y sobretodo la igualdad en materia de sucesión<sup>47</sup>. La llamada ley Shari'ah supone muchas veces importantes conflictos con los tratados internacionales de derechos humanos, y su complementariedad constituye hoy uno de los principales retos en materia de derechos humanos<sup>48</sup>.

### 2.3. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

La idea de justiciabilidad es un concepto central en todo sistema jurídico y muy discutido en el contexto de los derechos sociales. Si algún tema ha dominado el debate entorno los derechos sociales es la cuestión de su justiciabilidad, y es que el principal problema relacionado con los derechos sociales no es el de su validez sino el de su justiciabilidad.

A modo general podemos decir que la justiciabilidad de un derecho hace referencia a la posibilidad de que la violación de un derecho subjetivo invocada en un caso particular sea susceptible de revisión judicial, y si la corte encuentra que se ha producido violación, tiene que ser capaz de otorgar un remedio o reenderezar la situación<sup>49</sup>.

El debate de la justiciabilidad de los derechos sociales gira entorno a dos cuestiones principales, la de la legitimidad y la de la competencia, que equivalen a las siguientes preguntas: la primera, ¿deberían los tribunales actuar para proteger los derechos sociales?,

---

<sup>47</sup> Para un análisis del machismo en algunos Estados islámicos y su impacto sobre los derechos sociales, económicos y culturales de las mujeres, ver: N. MERHEB. *Women's rights in the muslim World with examples from Egypt and Saudi-Arabia*. Manuscrito no publicado, 1994; y, ABDULLAHI A. ANNA'IM. *Towards an islamic Reformation: Civil liberties, Human Rights and International Law*. Syracuse University Press. Nueva York, 1990.

<sup>48</sup> A. EIDE. "Economic, social and cultural rights as human rights". En A. EIDE, C. KRAUSE y A. ROSAS. *Economical, Social and Cultural Rights: a handbook*. Ob. cit., p. 23.

<sup>49</sup> F. VILJOEN. "National Legislation as a Source of Justiciable Socio-Economic Rights". 6 *ESR Review*, núm. 3, 2005, p. 6.

y la segunda, ¿pueden los tribunales actuar para proteger los derechos sociales?<sup>50</sup>

### 2.3.1. *La legitimidad*

En cuanto a la legitimidad, muchas de las objeciones a la justiciabilidad de los derechos sociales vienen de una argumentación que señala que tomar decisiones sobre la implementación de los derechos sociales implica requerir hacer políticas públicas y establecer prioridades económicas presupuestarias. En consecuencia, formulan la pregunta de si es constitucionalmente adecuado que los jueces tomen este tipo de decisiones. ¿Están los jueces constitucionalmente legitimados, pues en la mayoría de casos, no han sido electos democráticamente, para tomar decisiones políticas. O bien, las decisiones de contenido político deberían corresponder al cuerpo político nacional, es decir, a los poderes legislativo y ejecutivo?

Esto está relacionado con la separación de poderes. Los tribunales, afirman algunos autores, no tienen las competencias ni la legitimidad democrática para hacer juicios finales sobre temas socio-económicos. Estas decisiones deberían dejarse al cuerpo político, el legislativo y el ejecutivo, que son quienes tienen la legitimidad democrática<sup>51</sup>. Ejemplo de ello es la decisión de la Corte Suprema de Chile, de 10 de septiembre de 2002, rechazando un caso en que los accionantes exigían se les cubriera, dentro del sistema público de salud, el tratamiento de VIH/SIDA previsto en la ley, por considerar que las materias relativas a la salud deben ser resueltas por las autoridades políticas<sup>52</sup>.

Así pues, de acuerdo con esta concepción, meter a los tribunales a decidir sobre temas socio-económicos supone una politización de los tribunales<sup>53</sup> y una vulneración del principio de independencia de

---

<sup>50</sup> P. HUNT. *Reclaiming Social Rights. International and Comparative Perspectives*. Ob. cit., pp. 24-25.

<sup>51</sup> F. COOMANS (ed.) *Justiciability of Economic and Social Rights*. Intersentia. Antwerpen-Oxford, 2006, p.5.

<sup>52</sup> *Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile 2003. Hechos de 2002*. Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales. Santiago, 2003, pp. 390-393.

<sup>53</sup> J. COTTRELL y G. CHAI. "The Role of the Courts in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights". En J. COTTRELL y G. CHAI (eds.).



poderes<sup>54</sup>. Además, el hecho de que los magistrados y jueces puedan revisar las decisiones tomadas por los órganos democráticamente electos es una vulneración de la democracia<sup>55</sup>.

En respuesta a esta postura, existen diversas teorías que desmienten la calificación anti-democrática de la revisión judicial. Una de las principales de estas teorías es la llamada “Right-based justification”.

Esta concepción plantea la necesidad de cuestionarse la idea tradicional de democracia. R. Dworkin sugiere que seamos capaces de mirar más allá de la concepción clásica, defendida por autores como M. Walzer, que coloca el centro del concepto de democracia en el “mayoritarismo”, según la cual lo que califica como democrático a un gobierno es que haya sido elegido por la mayoría de los ciudadanos, pues podría ser, por ejemplo —dice Dworkin—, que la mayoría no desee reconocer derechos fundamentales a la minoría<sup>56</sup>. Y, partamos de que aquello que debería definir el que un sistema sea o no sea democrático, no son los elementos procesales de la democracia, sino los resultados: la estructura institucional más democrática es la

---

*Economic, Social and Cultural Rights in practise*. Interreights. Londres, 2004, p. 86.

<sup>54</sup> M. TUSHNET. “Social Welfare Rights and the forms of judicial Review”. *Texas Law Review*. 82, 2004.

<sup>55</sup> Hay mucha literatura que se refiere al carácter antidemocrático de la revisión judicial. Quizá uno de los más recientes ataques a la revisión judicial es el que ha formulado J. Waldron (*Law and Disagreement*. Clarendon Press. Oxford, 1999). P. Lenta (“Democracy, Rights Disagreements and Judicial Review”. *South African Journal on Human Rights* (SAJHR). No. 20, 2004) argumenta que “la revisión judicial sufre de un déficit de legitimación democrática” y que “el sometimiento de determinadas decisiones de las instituciones políticas a la revisión judicial supone una usurpación de la democracia, la cual exige que las decisiones sean tomadas por la gente o por sus representantes”.

<sup>56</sup> Autores como M. Walter defienden la posición de que la mayoría democrática tiene el derecho de vulnerar derechos: “una de las características de la democracia —dice este autor—, es que la gente tiene el derecho de actuar incorrectamente” (W. WALTER. “Philosophy and democracy”. *Political Theory*. Núm. 9, 1981, pp. 379-399). Esta es una posición que es absurda pues es contradictorio decir que un ciudadano tiene derechos contra el Estado, esto es la mayoría democrática, porque así lo establece la Constitución, y a la vez, que el Estado o la mayoría democrática puede vulnerar los derechos de este ciudadano.

que es capaz de producir mejores resultados en cuanto al reconocimiento y cumplimiento pleno de todos los derechos fundamentales de las personas<sup>57</sup>. Una sociedad es democrática, cuando los derechos fundamentales les son garantizados a todas las personas, independientemente de si la mayoría está de acuerdo en reconocer o no estos derechos<sup>58</sup>.

A la vista de esta consideración, hay que reconocer que existen determinadas características institucionales de los tribunales que los hacen más susceptibles de proporcionar una protección más adecuada a los derechos que las instituciones representativas, entre ellas el legislativo. Por tanto, parece lógico que pueda existir una posibilidad de los tribunales de revisar el cumplimiento o no de los derechos fundamentales por parte de los representantes políticos. Ello no supone un menoscabo de la democracia sino al contrario, un fortalecimiento de la misma<sup>59</sup>.

### **2.3.2. La competencia**

En cuanto a la competencia, lo que determina la posibilidad o no de los jueces de actuar para proteger los derechos sociales es la existencia en el ordenamiento jurídico de un poder del titular del derecho de actuar en caso de incumplimiento de los derechos sociales. Como señaló H. Kelsen, en el caso de los derechos subjetivos, la sanción que un tribunal tiene que dictar para proteger su cumplimiento sólo puede darse por mandato del sujeto o los sujetos autorizados para denunciar la violación de los derechos en cuestión<sup>60</sup>. En otras

---

<sup>57</sup> R. DWORKIN. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford University Press. Oxford, 1996, pp. 15, 17, 32, 34 y 292.

<sup>58</sup> Ver: M. MOORE. "Natural Rights, Judicial Review and Constitutional Interpretation". En J. GOLDSWORTHY y T. CAMPBELL (eds.). *Legal Interpretation in democratic States*. Aldershot. Ashgate, 2002, p. 211; H. SPECTOR. "Judicial Review, Rights and Democracy". *Law and Philosophy*. 23, 2003, pp. 295-304; J. RAZ. "Disagreement and Politics". *American Journal of Jurisprudence*. 43, 1998, p. 52.

<sup>59</sup> D. BILCHITZ. *Poverty and Fundamental Rights. The justification and enforcement of Socio-economic Rights*. Oxford University Press. Oxford, 2007, pp. 103-108.

<sup>60</sup> H. KELSEN. *Teoría General de las Normas*. Trillas. México, 1994, pp. 142-143.

palabras, la competencia de los jueces para proteger los derechos sociales dependerá de las demandas o quejas que los titulares de los derechos interpongan ante ellos. Estas demandas o quejas pueden interponerse por dos vías:

Una primera vía, por medio de acciones o garantías procesales concretas que existan para tutelar los derechos sociales.

Sin embargo, y como segunda vía, en caso de ordenamientos con inexistencia de instrumentos procesales concretos para remediar el incumplimiento o violación de derechos sociales, ello no tiene porque implicar la imposibilidad de que se puedan interponer demandas o quejas ante los tribunales. Las posibilidades técnicas a utilizar pueden ser varias como por ejemplo: el derecho a la vida o a la dignidad humana, normalmente reconocidos en todas las constituciones como derechos individuales fundamentales, abren un enorme campo de justiciabilidad para los derechos sociales, cuyo necesaria efectividad a un particular se desprende de los primeros y por tanto, pasa a ser un estándar de impugnación de la actividad estatal no respetuosa con los derechos sociales. Se trata de una estrategia de recontextualizar la violación de derechos sociales en violaciones de derechos civiles cuya justiciabilidad no está en duda. Este es un caso que se dará como veremos en el capítulo referido a Colombia, país donde la inexistencia de acciones jurisdiccionales ante la Corte Constitucional para la protección de los derechos sociales no ha impedido que se presenten una gran cantidad de recursos de tutela de derechos sociales.

Estas dos dimensiones, legitimidad y competencia, se solapan y están interrelacionadas. La dimensión de legitimidad de la justiciabilidad de los derechos sociales por parte de los jueces será menos susceptible de ser cuestionada si existen acciones y garantías procesales que otorguen a los jueces competencias para ello, y a la inversa, gozar de legitimidad permite a los jueces adoptar decisiones firmes y valientes, dejando atrás el usual criterio auto restrictivo que muchas veces tienen a la hora de evaluar sus facultades de invalidar decisiones que pueden calificarse como políticas, así como de instar la reparación de derechos sociales aunque ello conlleve una acción positiva del Estado que afecte recursos presupuestarios.

## 2.4. LÍMITES Y DIFICULTADES PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

A pesar de las formas de justiciabilidad de los derechos sociales señaladas, existen diferentes elementos que limitan y dificultan, en la actualidad, la justiciabilidad de los derechos sociales. C. Courtis ha señalado algunos de estos elementos<sup>61</sup>:

### 2.4.1. *La falta de especificación del contenido y alcance de los derechos sociales*

Como me he referido más arriba, uno de los problemas principales para la justiciabilidad de los derechos sociales está relacionado con la especificación de su contenido y, por tanto, de las obligaciones legales que de ellos se derivan. El problema está en que a pesar de que los derechos sociales están en muchos casos reconocidos a nivel constitucional, este reconocimiento no es completado con 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 justificar, por parte de las cortes, una resolución en favor de estos derechos<sup>62</sup>.

Correspondería al poder legislativo llevar a cabo, a través de regulación administrativa, un trabajo de definición del contenido y alcance de los derechos sociales. Los códigos civiles del siglo XIX fueron instrumentos para desarrollar el contenido, extensión y límites de los derechos de propiedad, corresponde ahora desarrollar los instrumentos para definir el contenido, extensión y límites de los derechos sociales.

---

<sup>61</sup> C. COURTIS. "Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America". Ob. cit.

<sup>62</sup> S. GOLPEEN. "Courts and Social Transformation: An Analytical Framework". En R. Gargarella, P. DOMINGO Y T. ROUX (eds.). *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Ob. cit., pp. 35-61.

### **2.4.2. Límites procesales e inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para proteger los derechos sociales**

Los mecanismos tradicionales de justiciabilidad de los derechos fueron creados dentro del paradigma de los derechos de propiedad del siglo XIX, esto determina de manera clara la naturaleza de los mecanismos procesales para garantizar los derechos<sup>63</sup>. 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. O que al estar pensados para conflictos entre privados presenten grandes limitaciones en la capacidad de los jueces para justiciar derechos contra las ramas políticas de gobierno.

### **2.4.3. La falta de tradición en la protección jurídica de los derechos sociales**

Finalmente Courtis señala lo que denomina un obstáculo cultural que agrava las anteriores dificultades. La falta de tradición en la protección de los derechos sociales provoca que muchas veces los sujetos a quien se vulneran derechos sociales no perciban estas vulneraciones como tales, o bien, que tiendan a emplear otros mecanismos distintos a los jurisdiccionales para intentar que les sean restituidos sus derechos sociales vulnerados, mecanismos como, por ejemplo, la movilización social<sup>64</sup>.

Aún y ser presentadas por separado, estas dificultades son, en la práctica, interdependientes, se solapan.

---

<sup>63</sup> Ver: J. R. LÓPEZ. "Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito". En J.E. FARIA (ed.). *Direitos Humanos, Directos Sociais e Justiça*. Malheiros. Sao Paulo, 1994, pp. 114-138.

<sup>64</sup> C. COURTIS. "Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America". Ob. cit., p. 179.

## 2.5. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Los cambios constitucionales en América Latina durante los últimos 25 años han supuesto un avance en la protección y justiciabilidad de los derechos sociales, sin precedentes en otras constituciones. Podemos señalar al menos dos motivos que han favorecido este avance<sup>65</sup>:

En primer lugar, en un proceso conectado con el retorno de la democracia liberal y el Estado de derecho, muchos países de la región han reformado su constitución o bien, han aprobado de nuevas. La mayoría de los nuevos textos constitucionales han incluido diversos tipos de derechos sociales: derechos de los trabajadores, derecho a la seguridad social, derecho a la educación, a la asistencia sanitaria, a una vivienda y, en ocasiones, derechos relativos a grupos o minorías en situación de exclusión como mujeres, niños, adultos mayores, pueblos indígenas o personas con discapacidad<sup>66</sup>.

Y, en segundo lugar, la generalizada ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, tanto universales como regionales, incluyendo aquellos que reconocen derechos sociales, como la Convención de derechos de la niñez, la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres, o el Protocolo de San Salvador. Algunos países incluso han otorgado a estos instrumentos internacionales rango constitucional<sup>67</sup>.

Estos dos importantes desarrollos normativos han abierto un campo muy bueno para el reconocimiento y justiciabilidad de los derechos sociales en América Latina. Evidentemente, como señalaba en la introducción, no podemos hablar de una igual situación en todos los países, países como Chile, Perú, México y los Estados centroamericanos están todavía muy lejos de la creciente aceptación de la posibilidad de reconocimiento y justiciabilidad de los derechos

---

<sup>65</sup> *Ibíd.*, pp. 169-170.

<sup>66</sup> Ver como ejemplos: las reformas constitucionales de Argentina en 1994 y de Bolivia en 2002. O las nuevas constituciones de Brasil de 1988, Colombia de 1991, República Dominicana de 2002, Ecuador de 1998, Guatemala de 1992, Paraguay de 1992, Venezuela de 1999.

<sup>67</sup> Esto es el caso de países como Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela.

sociales en países como Brasil, Argentina, Colombia<sup>68</sup>, Venezuela, Ecuador o Bolivia<sup>69</sup>.

Estos últimos países latinoamericanos están siendo vanguardistas no sólo en el reconocimiento en sus textos constitucionales de los derechos sociales y sus garantías, sino también en la búsqueda de soluciones a muchos de los límites, señalados más arriba, que dificultan la justiciabilidad de estos derechos.

En el diseño del derecho procesal para la protección de los derechos sociales, muchas de estas nuevas constituciones latinoamericanas han tomado en cuenta las dificultades procesales señaladas, siendo conscientes de la necesidad de adaptar el viejo modelo de acciones individual-bilaterales a nuevos retos como la incidencia colectiva de la vulneración, en algunos casos, de derechos sociales o la necesidad de urgente y rápida protección de determinados derechos sociales antes de que la vulneración tenga lugar. Encontramos ejemplos en Argentina, con el desarrollo judicial de una nueva “Acción de amparo colectivo” (art. 43 Constitución argentina), surgida de la reforma constitucional de 1994; en Brasil, con el uso del Mandamiento de seguridad colectiva (art. 5.LXIX Constitución de Brasil), o la Acción civil pública (*Ação civil pública*) (art. 129.III Constitución de Brasil) en la protección judicial para supuestos medioambientales o de seguridad ocupacional y salud, que se ha generalizado desde su regulación en 1985<sup>70</sup>; en Colombia, con un conjunto de nuevos mecanismos procesales establecido por la Constitución de 1991, la “Acción de tutela” (art. 86 Constitución de Colombia) ante la Corte Constitucional, la “Acción popular” (art. 88 Constitución de Colombia) ante los tribunales ordinarios y la “Acción de cumplimiento” (art. 87 Constitución de Colombia), que han cambiado radicalmente la posibilidad de desafiar el incumplimiento de los derechos sociales por parte del Estado. O, en Costa Rica, con una centralizada y muy simple jurisdicción de amparo ante la sección constitucional de la Corte Suprema que ha dado notorios resultados, por ejemplo denuncias

---

<sup>68</sup> Como veremos en el capítulo 3, la justiciabilidad de los derechos sociales en Colombia se da no por vía constitucional sino por vía jurisprudencial.

<sup>69</sup> C. COURTIS. “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”. Ob. cit., p. 170.

<sup>70</sup> Ver: R. C. MANCUSO. “Ação Civil Pública”. *Revista dos Tribunais*. Sao Paulo, 1999, pp. 46-55; M. F. M LEAL. *Ações coletivas: historia, teoria e prática*. Sergio Fabris. Porto Alegre, 1998, pp. 187-200.

llevadas a cabo por niños impugnando decisiones educacionales de los directores de escuelas<sup>71</sup>.

En consecuencia, a diferencia de Europa, donde ejemplos como el “Proyecto de Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa”, firmado por los Estados miembros de la Unión Europea el 24 de octubre de 2004, ahora reconvertido, después de su fracaso, en el Tratado de Lisboa aprobado por los mismos Estados en el Consejo Europeo de 13 de diciembre de 2007, demuestran el trato degradado que la Unión Europea otorga a los derechos sociales<sup>72</sup>; en América Latina se ha inaugurado durante los últimos años una época de

---

<sup>71</sup> C. COURTIS. “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”. Ob. cit., pp. 177-178.

<sup>72</sup> El Proyecto de Tratado Constitucional europeo de 2004 incorporó la “Carta de Derechos Fundamentales”, aprobada en Niza el 2001, en la parte II de su texto, aunque devaluándola en más de un punto.

Si en la propia Carta de Niza, los derechos económico-sociales estaban apenas recogidos, ya el Consejo Europeo celebrado en Colonia el 3 y 4 de junio de 1999, había estipulado que mientras los derechos de libertad, igualdad, proceso y ciudadanía debían ser “contenidos” en la Carta, los derechos económicos y sociales simplemente debían ser “tomados en consideración”. Así por ejemplo, la Carta subrayó la relevancia de nuevas formulaciones en materia de protección de datos (art. II-8), de acceso a la información (art. II-11) o de protección a la integridad física y psíquica en el ámbito de la medicina o la bioética (art. II-3.2). No obstante, en materia de derechos sociales, en lugar de consagrar el derecho al trabajo, se limita a recoger un evanescente “derecho a trabajar” (art. II-15), en lugar de estipular el derecho a una vivienda digna y adecuada, apenas menciona el derecho a una “ayuda” en materia de vivienda (art. II-34.3) y en lugar del derecho a una renta básica incondicional, el derecho a una simple “ayuda social” (art. II-34.3).

En el 2004, con la incorporación de la Carta al Tratado Constitucional, el valor de estos derechos económico-sociales se devaluó todavía más. A instancias del Reino Unido, y con la idea de contener posibles actuaciones en materia de derechos sociales, se introdujo una II parte al título VII que consagra la regresiva distinción, extraída de la Constitución española, entre auténticos “derechos” y simples “principios”. De acuerdo con esta supuesta diferencia, un tipo de derechos, los civiles, políticos y los patrimoniales (propiedad), son derechos en serio exigibles incluso frente a los tribunales. Otros, los sociales, son, en cambio, simples principios cuya exigibilidad queda supeditada a la voluntad discrecional de los órganos políticos o administraciones estatales (art. III-52.5). (Ver: A. NOGUERA. “¿Porqué una Constitución en Europa? Vacuidades y falsedades sobre el carácter constituyente del Tratado Constitucional Europeo”. Ob. cit., pp. 4-30).



grandes esperanzas en el pleno reconocimiento y justiciabilidad de los derechos sociales.



### **3. LA CONSTITUCIÓN DE PERÚ DE 1993. CONSTITUCIÓN ILEGÍTIMA Y REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES**

---

#### **3.1. LA CONSTITUCIÓN DE 1993. GOLPE DE ESTADO Y AUTORITARISMO**

La excepción que confirma la regla de este nuevo momento constituyente en Latinoamérica surgido a partir de la Constitución colombiana de 1991, es la Constitución de Perú de 1993. A diferencia de las constituciones colombiana, venezolana, ecuatoriana y boliviana o de la reforma argentina, la peruana, por el contexto de “autogolpe” de Estado y autoritarismo en la que fue elaborada, supondrá un claro retroceso en el reconocimiento y protección de los derechos sociales en relación con el constitucionalismo previo en el país.

Si bien la Constitución anterior, la de 1979, era un texto plenamente enmarcado dentro del denominado constitucionalismo social y con un amplio reconocimiento de derechos sociales como “derechos fundamentales”, la Constitución de 1993 implicará un auténtico desmantelamiento del Estado social y una (des)constitucionalización o eliminación de muchos derechos sociales antes reconocidos.

La Constitución de 1979 había cerrado el período de régimen militar de Velasco Alvarado, primero, y Francisco Morales, segundo, e inaugurado, en la década de los ochenta, un diseño constitucional social<sup>1</sup>, donde podíamos destacar, en materia de derechos sociales, diversos elementos.

En primer lugar, el artículo 110 señalaba que el “régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social (...)”.

---

<sup>1</sup> En su mensaje de 28 de julio de 1977, Francisco Morales hace dos anuncios: primero, de que, en el segundo semestre de 1978, se reunirá una Asamblea Constituyente, conformada por 100 representantes democráticamente electos, para discutir y aprobar una nueva Constitución. Y segundo, que una vez aprobada la nueva Constitución, la Fuerza Armada transferirá el poder a los civiles.

En segundo lugar, el reconocimiento de los derechos sociales como “derechos fundamentales de la persona”. El conjunto de derechos sociales, conjuntamente con los derechos civiles y políticos, se ubicaban en el interior del Título I “Derechos y deberes fundamentales de la persona”.

En tercer lugar, la regulación de nuevos derechos sociales, no incluidos en las constituciones anteriores, como por ejemplo, la consagración de la jornada laboral de las ocho horas de trabajo (art. 44) y del derecho a la estabilidad laboral (art. 48), se establecía la irrenunciabilidad de los derechos laborales de los trabajadores (art. 57) y el acceso de todos ellos y sus familias a la seguridad social (art. 12), se reconocía también, la igualdad de oportunidades para la mujer en todos los campos (art. 2.2).

En cuarto lugar, la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales como figura totalmente novedosa que aparecía en el Título V, a partir del artículo 296, para el ejercicio del control de constitucionalidad.

Y, en quinto lugar, la incorporación constitucional por primera vez de la acción de amparo como mecanismo jurisdiccional de protección de todos los derechos reconocidos en la Constitución, incluidos los derechos sociales (art. 295)<sup>2</sup>, así como la posibilidad de los ciudadanos, a través de la recolección de cincuenta mil firmas, de interponer ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, acción de inconstitucionalidad contra leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales (art. 299), mecanismo que fue usado en repetidas ocasiones a principios de los años 90 para reclamar la inconstitucionalidad de los decretos legislativos neoliberales adoptados por el gobierno de Fujimori, orientados a dismantelar los derechos de los trabajadores.

Sin embargo, con la victoria electoral del candidato de la agrupación Cambio 90, Alberto Fujimori, frente al escritor Mario Vargas Llosa, del Frente Democrático (Fredemo), en las elecciones presiden-

---

<sup>2</sup> El artículo 295 de la Constitución de 1979 decía: “La acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de habeas corpus. La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. (...)”.

ciales de junio de 1990, el nuevo Presidente inició un giro económico neoliberal subordinado a la asesoría de los Estados Unidos y el Fondo Monetario Internacional (FMI).

Ante la negativa del Congreso de la República de concederle amplios poderes para legislar en temas económicos sin ningún tipo de fiscalización, Fujimori, con el apoyo de las fuerzas armadas, llevó a cabo el 5 de abril de 1992 el conocido como el “autogolpe”, con el que inició lo que denominó un “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”. Entre las medidas adoptadas, el Presidente anunció la disolución del Congreso, la reorganización del Poder Judicial, del Ministerio Público y del Consejo Nacional de la Magistratura, así como la intervención de la Contraloría General de la República. Dispuso, asimismo, la suspensión temporal de los artículos constitucionales que se oponían a los objetivos de las medidas. Por otra parte, todo el país fue ocupado militarmente, incluidos los locales de los periódicos, en clara evidencia de que la decisión presidencial contaba con el apoyo militar, algunos políticos fueron detenidos y otros, como los presidentes de la cámara de diputados y el senado, sufrieron prisión domiciliaria<sup>3</sup>.

Esta coyuntura permitió a Fujimori profundizar, de manera autoritaria, el proceso de desmantelamiento del Estado social<sup>4</sup>, el cual

---

<sup>3</sup> A. OTÁROLA. *La constitución de 1993. Análisis comparado*. Rao. Lima. 1999, pp. 83-90.

<sup>4</sup> A partir de este momento, el gobierno de Fujimori empieza a aprobar un paquete de leyes neoliberales. En tal sentido, se expidieron por ejemplo: el decreto de urgencia económica DS Núm. 057-90-TR, que limitaba el incremento de salarios y la mejora de las condiciones de trabajo para las negociaciones colectivas de los sindicatos de las empresas públicas. Las leyes Núm. 25334 y 25303, que consagraban las restricciones a la negociación de los convenios colectivos en el sector público. Asimismo, se dictaron un conjunto de decretos legislativos, denunciados por presunta inconstitucionalidad, como: Decreto Legislativo Núm. 650 que modificaba el régimen de pensiones de los trabajadores, permitiendo que el sistema financiero y bancario privado capte esos depósitos obligatorios. Decreto Legislativo Núm. 651 que transfería al Gobierno Central la competencia constitucional de regular el transporte público de las municipalidades y liberalizaba el precio del pasaje. Decreto Legislativo Núm. 674 que limitaba la actividad empresarial del Estado, en particular las actividades económicas de las empresas públicas. Decreto Legislativo Núm. 677 que privaba de la participación en la propiedad, utilidad y gestión a los trabajadores de las empresas públicas y la restringía en las privadas.

también hay que decir siempre había sido más nominal que real. Al mismo tiempo, y para evitar pudiera existir ningún tipo de impedimento legal que imposibilitara hacer efectivas las leyes que dictaba en este sentido, y que vulneraban absolutamente los derechos sociales y los principios rectores del régimen económico establecidos en la Constitución vigente de 1979, el Presidente acordó:

### ***3.1.1. La prohibición de la acción de amparo para denunciar vulneración de derechos económicos y sociales durante el gobierno de facto absoluto***

La Constitución de 1979 establecía la aplicabilidad directa de los derechos sociales y la posibilidad de presentar acción de amparo ante vulneraciones de los mismos por las autoridades públicas. A la vez que Fujimori emitía, usando la atribución contenida en el artículo 211.20 de la Constitución de 1979<sup>5</sup>, decretos leyes de carácter liberalizador que implicaban un claro ataque a muchos derechos sociales reconocidos en la Constitución de 1979, en los mismos textos legales prohibía, expresamente, la posibilidad de interponer acción de amparo contra los mismos. Para poner sólo un ejemplo, el Decreto Ley No. 25967 de 19 de diciembre de 1992, a través del cual se congelaron las pensiones de los jubilados del Instituto Peruano de Seguridad Social, que abarcaba la mayoría de los trabajadores de la actividad privada y pública, fijaba en su artículo 10, “No es procedente ningu-

---

De otro lado, se dictaron: Decreto Legislativo Núm. 688 que incorporaba a las empresas de seguros en la consolidación de los beneficios sociales de los trabajadores a cargo de las empresas. Decreto Legislativo Núm. 718, que creó un sistema privado de pensiones complementario al sistema público de pensiones, administrado por el Instituto Peruano de Seguridad Social. Finalmente, el Decreto Legislativo Núm. 727 que promovió la inversión privada en la construcción, excluyendo a las empresas constructoras de las obligaciones laborales señaladas en la Ley Núm. 25202, Ley de la Bolsa de Trabajo Sindical. Decreto Legislativo Núm. 728, Ley de Fomento al Empleo, que flexibilizó el mercado de trabajo, eliminando la estabilidad laboral y desprotegiendo el trabajo. (Ibid. p. 81).

<sup>5</sup> Este artículo facultaba al Presidente de la República a “dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera”, con cargo a dar cuenta al Congreso.

na acción de amparo dirigida a impugnar, directa o indirectamente, los efectos de aplicación del presente Decreto ley”<sup>6</sup>.

### ***3.1.2. Eliminación del control de constitucionalidad mediante clausura del Tribunal de Garantías Constitucionales***

Debido a que el Tribunal de Garantías Constitucionales al inicio del período gubernamental de Fujimori, entre agosto de 1991 y marzo de 1992, declaró como inconstitucionales cuatro leyes, concretamente, tres decretos legislativos y una ley de presupuesto, que estatuirían legalmente una radical liberalización económica, por vulnerar los principios básicos del régimen económico y los derechos sociales reconocidos en la Constitución de 1979, con el autogolpe de 5 de abril de 1992, se clausuró, mediante Decreto ley No. 25422 de 8 de abril de 1992, el Tribunal de Garantías Constitucionales, al cesar sus magistrados<sup>7</sup>.

El gobierno absoluto *de facto* duró hasta el 31 de diciembre de 1992 cuando Fujimori convocó a elecciones para elegir un Congreso Constituyente, el cual, después de unas elecciones muy poco limpias, se instaló en 1993 con una mayoría parlamentaria oficialista dirigida por el propio Presidente Fujimori.

El Congreso Constituyente procedió:

Primero, a reestablecer mientras durase el Congreso, esto es 1993, mediante leyes constitucionales, la vigencia de la Constitución de 1979 y, a la vez, a legalizar, con rango constitucional, los decretos leyes dictados por el gobierno de 5 de abril que la violaban, lo que implicaba una curiosa coexistencia de normas constitucionales con normas inconstitucionales. Se volvía a pasar por tanto, del modelo absoluto *de facto* a un modelo constitucional, aunque, paradójicamente, caracterizado por no existir un referente normativo consti-

---

<sup>6</sup> Perú. Decreto Ley Núm. 25967, de 19 de diciembre de 1992.

<sup>7</sup> Para un balance del trabajo del Tribunal de Garantías Constitucionales, desde su creación el 19 de noviembre de 1982 hasta poco antes de su clausura el 5 de abril de 1992, ver: M. GARCÍA PELAYO. “El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate”. *Enfoques peruanos*. Núm. 6. Consejo Latinoamericano de derecho y Desarrollo. Lima. 1988.

tucional único, supremo y claro con que ejercer control de constitucionalidad<sup>8</sup>.

Y, segundo, a aprobar el texto de la nueva Constitución, que fue ratificado por referendo popular y entró en vigor el 31 de diciembre de 1993. La Constitución peruana obedece, por tanto, a la necesidad política de justificar el golpe de Estado y darle alguna legitimidad al gobierno autoritario de Fujimori.

Como no podía ser de otra manera, el texto constitucional de 1993 es la máxima expresión jurídica de este pensamiento neoliberal que termina con la etapa del constitucionalismo social en Perú. La Constitución de 1993 expresa jurídicamente el programa político y sobretodo, el programa económico, del gobierno fujimorista, de servir de carta de garantía para los inversionistas, a través de la consagración de una constitución económica de mercado y de la eliminación de la planificación democrática o concertada, libre de los atavismos empresariales estatales y del control de precios, defensora libérrima de la propiedad privada sin posibilidad de la expropiación por interés social y la eliminación de los derechos sociales y el tratamiento preferencial de ciertos sectores sociales y económicos marginados<sup>9</sup>.

### **3.2. EL RETROCESO EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LA FICCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**

En materia de derechos sociales, la Constitución de 1993 plantea un serio retroceso en comparación con la carta de 1979.

En primer lugar, mientras la Constitución de 1979 reconocía los derechos sociales como derechos “fundamentales” al ubicarlos dentro del Título I “Derechos y deberes fundamentales de la persona”, la actual Constitución de 1993 reconoce sólo los derechos civiles como derechos fundamentales de la persona (Capítulo I del Título I) y a

---

<sup>8</sup> C. LANDA ARROYO. “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano”. *Pensamiento Constitucional*. Pontifica Universidad Católica del Perú. Diciembre 1995, pp. 91-92.

<sup>9</sup> *Ibid.* 75.



continuación, nombra en otro Capítulo los derechos sociales y económicos como derechos no fundamentales.

Además, la nueva Constitución vacía el catálogo de derechos sociales reconocidos en el anterior texto constitucional, basta enunciar la desaparición, del ámbito constitucional, de derechos como: la obligación estatal de señalar las condiciones para establecer el patrimonio familiar con las características de inembargabilidad, inalienabilidad y transmisibilidad por herencia, el derecho de las familias en condición de pobreza de acceder a la sepultura gratuita de sus muertos, la garantía plena del rol estatal en materia de seguridad social a través del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS), la obligación estatal de contribuir a la nutrición de los escolares que carecen de medios económicos así como de proporcionarles útiles, el derecho a la gratuidad de la enseñanza en los centros universitarios, el reconocimiento constitucional de los derechos de los trabajadores en materia de bonificaciones o gratificaciones, la estabilidad laboral, la fuerza de ley de los convenios colectivos para las partes que intervienen en ellos, etc.<sup>10</sup>.

Después de la aprobación de la Constitución, el retroceso en materia de derechos sociales y la profundización del carácter neoliberal del Estado establecido por el propio texto constitucional, se ha profundizado más aún ya sea a través de reformas constitucionales o por la legislación claramente regresiva en derechos sociales. Por ejemplo, las leyes 28.389 y 28.449, aprobadas por el Congreso en diciembre de 2004, supusieron la reforma de los artículos 11, 103 y la primera disposición final de la Constitución, así como de la legislación que desarrollaba estos artículos, eliminando la protección constitucional otorgada a los pensionistas en materia de seguridad social.

### ***3.2.1. La reforma constitucional de 2004 y el menoscabo del derecho a la seguridad social***

El régimen provisional de los servidores civiles del Estado fue regulado en Perú por el Decreto Ley no. 20530 de febrero de 1974. La característica central de este régimen consistía en el derecho de

---

<sup>10</sup> Ver: V. GARCÍA TOMA. "Los derechos humanos y la Constitución". *Grafica Horizonte*. Lima. 2001, pp.201-202.

sus beneficiarios a nivelar sus pensiones con el haber del funcionario en actividad que desempeña la misma o análoga función a la que desempeñaron hasta su cese, permitiendo así que estas conservaran su valor adquisitivo real.

Este régimen de nivelación de las pensiones de los servidores civiles del Estado fue integrado en la 8ª disposición final de la Constitución de 1979 y luego desarrollado legislativamente por la Ley no. 23495 de noviembre de 1982<sup>11</sup>. El principio de conservación del valor real de las pensiones otorgadas en ejercicio del derecho a la seguridad social ha sido también reconocido, de manera similar que en la Constitución peruana de 1979, en otras constituciones latinoamericanas de los últimos años como la Constitución colombiana de 1991 en su artículo 48<sup>12</sup>, la Constitución ecuatoriana de 1998 en su artículo 59<sup>13</sup>, o la Constitución bolivariana de Venezuela de 1999 en su artículo 80<sup>14</sup>.

La nueva Constitución de Perú de 1993, en su primera disposición final y transitoria estableció: “Los nuevos regímenes sociales obligatorios que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, *no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias*”. De esta manera se garantizaba el respeto de los derechos adquiridos en materia de pensiones.

No obstante, a pesar de esta norma constitucional, el gobierno fujimorista pretendió en varias ocasiones desconocer este derecho a la nivelación pensionaria señalado, por ejemplo, podemos señalar dos casos que acabarían por ser determinantes en la adopción de la reforma constitucional:

---

<sup>11</sup> J. MUJICA y J. OPIE. *Crasso error: la reforma de los artículos 11, 103 y primera disposición final de la constitución de Perú*. CEDAL. Lima. 2006, p. 17.

<sup>12</sup> Artículo 48 de la Constitución de Colombia de 1991: “(...) La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”.

<sup>13</sup> Artículo 59 de la Constitución de Ecuador de 1998: “(...) Las pensiones por jubilación deberán ajustarse anualmente, según la disponibilidad del fondo respectivo, el cual se capitalizará para garantizar una pensión acorde con las necesidades básicas de sustentación y costo de vida”.

<sup>14</sup> Artículo 80 de la Constitución de Venezuela de 1999: “(...) Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de la seguridad social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano”.

### a) El caso del Decreto legislativo n° 817 de 1996

Mediante la aprobación del Decreto Legislativo no. 817 de 22 de abril de 1996, se establecían topes a las pensiones del régimen del Decreto Ley 20530. Contra este Decreto Legislativo del gobierno, 30.000 pensionistas interpusieron acción de inconstitucionalidad, llevando al Tribunal Constitucional<sup>15</sup>, en su sentencia de 23 de abril de 1997 (Exp. No. 008-96-I/TC), ha manifestar que “la imposición de topes atenta flagrantemente contra los derechos adquiridos de aquel grupo de personas que tienen un derecho adquirido” y, por tanto, declarando la inconstitucionalidad del mismo<sup>16</sup>.

### b) El caso de los cinco pensionistas

Otro ejemplo fue el de cinco pensionistas del régimen del Decreto Ley 20530 que después de años de trabajo en la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) adquirieron el derecho a una pensión nivelable a principios de los 80. La nivelación de sus pensiones de acuerdo al monto percibido por quienes desempeñaban su misma función se produjo de manera periódica hasta 1992, cuando la SBS suspendió el pago de una de las pensiones y redujo el monto de las otras en un 78%. Además, en octubre del mismo año, se dictó el Decreto Ley no. 25792 que igualaba, por abajo, las pensiones de los 5 pensionistas con las que el Ministerio de Trabajo pagaba a sus ex trabajadores. Después de interponer acción de amparo y de que la Corte Suprema de Justicia resolviera, en 1994, a su favor, la SBS se negó a acatar la sentencia. Ello los llevó a reiniciar la lucha judicial, esta vez, a través de acciones de cumplimiento, todas declaradas fundadas por el Tribunal Constitucional desde 1998, aunque estas tampoco fueron acatadas por la SBS. Finalmente, los pensionistas llevaron su caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que en su Informe de fondo No. 23 de 2001<sup>17</sup> consideró que después de recibir

---

<sup>15</sup> El Tribunal Constitucional se crea con la Constitución de 1993 (art. 202), y sustituyó al antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales.

<sup>16</sup> J. MUJICA y J. OPIE. *Crasso error: la reforma de los artículos 11, 103 y primera disposición final de la constitución de Perú*. Ob. cit. pp. 21-28.

<sup>17</sup> Informe No. 23/2001. Caso 12.034 (Carlos Torres Benvenuto, Javier Mújica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Fernández, Reymer Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreira) (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 5 de marzo de 2001) (Informe de fondo).

por años el derecho a una pensión nivelada este ya se había incorporado como parte del patrimonio de los pensionistas y, por tanto, al reducir el monto de las pensiones niveladas a los pensionistas el Estado había violado el artículo 21 (que reconoce el derecho a la propiedad privada) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, en relación al incumplimiento de las acciones de amparo a favor de los pensionistas, la Comisión consideró que el Estado había violado el artículo 25 de la Convención (protección judicial). De acuerdo con estas conclusiones, la Comisión recomendó al Estado tomara medidas para reparar e indemnizar a los pensionistas.

Transcurridos más de seis meses de las recomendaciones sin ser cumplidas, el 4 de diciembre de 2001, la Comisión sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda contra el Estado peruano por haber violado sus obligaciones respecto la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte, en sentencia de 28 de febrero de 2003<sup>18</sup>, ratificó las conclusiones de la Comisión.

Consecuencia del traslado del caso a la Corte Interamericana, a fines de enero de 2002 el Congreso derogó, a través de la Ley No. 27650, el precepto del Decreto Ley No. 25792 que impedía la nivelación de las pensiones de los cinco pensionistas, y como consecuencia de ello, la SBS finalmente pagó a lo pensionistas los reintegros de los montos que estos habían dejado de percibir entre 1992 y el 2002<sup>19</sup>.

Ante la imposibilidad del gobierno peruano de quitarle a los pensionistas su derecho adquirido a una pensión nivelada, pues cualquier intento chocaba con los preceptos constitucionales haciendo que fueran declarados violatorios de la Constitución por el Tribunal Constitucional, el gobierno optó en diciembre de 2004, mediante las citadas leyes 28.389<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Cinco pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C N° 98.

<sup>19</sup> J. MUJICA y J. OPIE. *Crasso error: la reforma de los artículos 11, 103 y primera disposición final de la constitución de Perú*. Ob. cit. pp. 28-36.

<sup>20</sup> La Ley 28.389 establece lo siguiente:

- a) La modificación del art. 11 de la Constitución para instituir la administración unitaria de los regímenes pensionarios a cargo del Estado;
- b) la modificación del art. 103 de la Constitución para establecer expresamente que el principio jurídico aplicable para analizar la retroactividad de

y 28.449<sup>21</sup>, por reformar los artículos 11, 103 y la primera disposición final de la Constitución, así como de la legislación que desarrollaba estos artículos y, así, quitar del medio cualquier traba jurídica que le impidiera poder eliminar los derechos adquiridos de los pensionistas. Tras un intenso período de ataques públicos contra varios

---

las leyes es el de los Hechos Cumplidos, y no el de la intangibilidad de los Derechos Adquiridos;

c) La sustitución de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución para suprimir la protección otorgada a los derechos adquiridos en materia pensionaria y, en particular, suprimir constitucionalmente el régimen de nivelación otorgado en el Perú al régimen de pensiones y compensaciones de los servidores civiles del estado, actualmente regulado por el Decreto Ley 20.530;

d) El cierre del régimen pensionario del Decreto Ley 20.530 (de modo que no estén permitidas nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen);

e) La aplicación inmediata de las nuevas reglas pensionarias (establecidas por la Ley 28.449) a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado;

f) La aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria;

g) El requisito según el cual las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, serán regidos por los criterios de “sostenibilidad financiera” y no de nivelación;

<sup>21</sup> La Ley 28.449 establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley 20.530, de conformidad con la Ley 28.389. La Ley 28.449 establece:

a) Un monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley 20.530 fijados en dos Unidades Impositivas Tributarias;

b) La prohibición de la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad;

c) Nuevas reglas para el reajuste de pensiones y para el cálculo de nuevas pensiones;

d) La modificación de las normas relativas a las pensiones de sobrevivientes;

e) El establecimiento del Ministerio de Economía y Finanzas como la entidad administradora de las pensiones; y,

f) La transferencia de los recursos que se ahorren como consecuencia de la aplicación del tope o monto máximo al Fondo para la Asistencia Provisional. Con estos recursos se financiará el aumento de las pensiones menores a 800 soles mensuales;

de los miembros del Tribunal Constitucional, a través de medios de comunicación claramente alineados con los poderes económicos que estaban detrás de la reforma, el TC finalmente rechazó las demandas de inconstitucionalidad que se interpusieron contra tales leyes, y definió un nuevo rumbo jurisprudencial que no solo convalida el atropello sino que redondea la tarea de menoscabar la protección de los derechos sociales en el país<sup>22</sup>.

### ***3.2.2. La ficción de las garantías constitucionales en Perú***

A pesar de que la Constitución de 1993 establece un conjunto de procesos o garantías constitucionales destinadas, teóricamente, a proteger los derechos constitucionales y a garantizar la supremacía normativa de la Constitución, en la práctica estos mecanismos no han tenido ningún tipo de eficacia frente a la continua promulgación en el país, como hemos visto, de normas que transgreden de manera directa los derechos sociales, con lo cual no son más que una ficción. Entre los factores que explican este fenómeno encontramos la propia regulación que la Constitución y la ley hacen de estas acciones procesales o la falta de independencia de los órganos judiciales. Veremos a continuación, las principales garantías constitucionales establecidas en la Constitución peruana así como algunas de las causas que explican la ineficacia de las mismas.

#### **a) La acción de amparo**

De acuerdo con el artículo 200 de la Constitución, el amparo es un proceso constitucional destinado a proteger todos aquellos derechos constitucionales no protegidos a través del Hábeas Corpus y el Hábeas Data. Esta formulación amplia, no refiriéndose a los “derechos fundamentales”, reconocidos en el Capítulo I del Título I, sino a los “derechos constitucionales” en general, parece incluir, a primera vista, a los derechos sociales dentro del ámbito de protección del amparo. Sin embargo, esta primera apariencia del amparo como mecanismo de protección de los derechos sociales en Perú, se

---

<sup>22</sup> J. MUJICA y J. OPIE. *Crasso error: la reforma de los artículos 11, 103 y primera disposición final de la constitución de Perú*. Ob. cit. p. 5.

desvanece en el momento en que la propia Constitución establece a nivel constitucional, diversas causales de improcedencia de la acción de amparo.

Por un lado, la Constitución (art. 200.2) establece que no procede el amparo contra normas legales emanadas de un proceso regular, esto es normas legales aprobadas por órganos públicos de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, con lo cual, de ser así, no se puede usar la acción de amparo para evaluar la constitucionalidad de una norma legal determinada. De acuerdo con esto, si las normas que dictan las autoridades públicas están de conformidad con las disposiciones procedimentales constitucionales o legales en vigor para la aprobación de las mismas, estas son constitucionales, independientemente de si violan o no derechos constitucionales.

Por otra parte, el mismo artículo 200.2 señala que la acción de amparo no procede tampoco contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso regular, lo que a contrario significa que sólo procede contra aquellas que se expidan en el marco de un proceso irregular, esto es aquel donde se violan las garantías del debido proceso. Ello provoca que el amparo se convierta no en un proceso para la protección de los derechos constitucionales, en sentido amplio, sino que sea sólo un mecanismo de protección del derecho al debido proceso, sólo cuando a alguien se le viola este último derecho es que tiene derecho a acceder al amparo para que se le restituya su derecho al debido proceso.

Y, finalmente, la Constitución fija determinadas materias no susceptibles de revisión constitucional a través de amparo u otro proceso. En este sentido, el artículo 142 señala que no son revisables las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces. Esta es una disposición absolutamente inadmisibles en cualquier Estado democrático y que refleja el carácter autoritario del gobierno fujimorista bajo el cual se elaboró la Constitución. Parecería lógico que si una decisión del Jurado Nacional de Elecciones o el Consejo Nacional de la Magistratura afecta derechos constitucionales pueda resultar perfectamente válida su impugnación en atención al reconocimiento que la propia Constitución hace del derecho a la tutela judicial efectiva como una garantía de la administración de justicia, y del proceso de amparo, que debería proteger los derechos constitucionales contra la acción u

omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que los amenace o vulnere<sup>23</sup>.

## b) La acción de inconstitucionalidad

Esta se encuentra prevista en el artículo 200.4 del texto constitucional. A través de la acción de inconstitucionalidad se permite impugnar “leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales”, que “contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”. Asimismo, el artículo 202.1 señala que corresponde al Tribunal Constitucional conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad<sup>24</sup>. Sin embargo, diversos hechos de la realidad peruana, han hecho que muchas veces el Tribunal Constitucional no haya podido ejercer sus funciones, lo cual ha convertido la acción de inconstitucionalidad en algo inexistente en la práctica.

En primer lugar, el mecanismo de designación de los integrantes del Tribunal Constitucional previsto en la Constitución (art. 201) encomienda esta tarea al Congreso, sistema de nombramiento que si bien en otros países puede ser adecuado, en Perú ha supuesto una falta de independencia absoluta del Tribunal.

Además, respecto a la acción de inconstitucionalidad, su efectividad se ha visto desde sus inicios limitada debido al desarrollo legislativo que se le ha dado. El artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que para declarar la inconstitu-

---

<sup>23</sup> COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Garantías Constitucionales. Legislación vigente de los procesos constitucionales en Perú*. Comisión Andina de Juristas. Lima. 1998, pp. 18-20.

<sup>24</sup> La legitimación activa para interponer Acción de inconstitucionalidad corresponde a: el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el defensor del Pueblo, el 25% del número legal de congresistas, 5.000 ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones o si se trata de una ordenanza municipal el 1% de los ciudadanos del respectivo territorio siempre que este porcentaje no exceda de las 5.000 firmas, los Presidentes de la Región con el acuerdo del Consejo de Coordinación Regional en materias de su competencia, los Alcaldes provinciales con el acuerdo de sus consejos en materias de su competencia, y los Colegios profesionales en materias de su especialidad. (art. 203 de la Constitución).



cionalidad de una norma se requieren los votos conformes de al menos seis de los siete magistrados del Tribunal<sup>25</sup>. Este artículo causó un grave problema cuando como consecuencia de que el Tribunal Constitucional resolviera, en el marco de un proceso iniciado por el Colegio de Abogados de Lima destinado a cuestionar la constitucionalidad de la Ley 26.657 de 1996 sobre la reelección presidencial<sup>26</sup>, la inaplicabilidad para el Presidente de la República de los alcances de esta ley, tres magistrados del mismo fueron destituidos por el Congreso, haciéndose patente la venganza política ordenada por el gobierno a la mayoría oficialista del Congreso. El Tribunal Constitucional estuvo con tres magistrados menos durante más de tres años (de 1997 a 2000), con lo cual durante este período el gobierno y el Congreso pudieron aprobar las normas que quisieron sin que el Tribunal pudiera llevar a cabo su tarea de control de constitucionalidad, pues para tal efecto requería de seis votos y sólo eran 4 magistrados<sup>27</sup>.

### c) La acción popular

La acción popular estaba ya prevista en la Constitución de 1979, con una regulación específica a partir de 1988 con la vigente Ley 24.968, y fue recogida también por la Constitución de 1993. El artículo 200.5 la define como el proceso constitucional a través del cual se pueden impugnar “los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general”, que contravengan la Constitución o las leyes, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

A través de este proceso, cuyo conocimiento y resolución es competencia exclusiva del Poder Judicial (art. 10 de la Ley 24.968/88), se pretende garantizar la constitucionalidad y legalidad de las normas

---

<sup>25</sup> Contra esta norma, ampliamente criticada en la doctrina, llegó incluso a interponerse una Acción de inconstitucionalidad que fue declarada infundada por el propio Tribunal Constitucional. (Ver: Perú, Tribunal Constitucional, Sentencia 005-96-I/TC, publicada el 22 de diciembre de 1996).

<sup>26</sup> Esta Ley hubiera permitido una nueva postulación del Presidente Fujimori en las elecciones del año 2000.

<sup>27</sup> COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Garantías Constitucionales. Legislación vigente de los procesos constitucionales en Perú*. Ob. cit. pp. 23-25.

mencionadas. La sentencia que declarase fundada la acción popular determinará la inconstitucionalidad o ilegalidad, total o parcial, y con efectos generales, de la norma impugnada<sup>28</sup>.

A pesar de que el artículo 4 de la Ley 24.968/88 otorga legitimidad activa para interponer la acción, conjuntamente con el Ministerio Público y las personas jurídicas constituidas o establecidas en Perú, a cualquier ciudadano peruano o extranjero residente en el Perú, una revisión del diario oficial nos lleva a ver que ha sido un mecanismo escasamente utilizado, pues hay muy pocas decisiones judiciales publicadas en la materia, lo que no deja de resultar extraño ya que en el ordenamiento jurídico peruano las normas administrativas de carácter general constituyen un porcentaje elevado del total de normas legales que se expiden. Las razones pueden ser, o bien el poco uso por parte de la población de este medio procesal, o bien, debido a la ya mencionada falta de independencia del poder judicial, una continua inadmisibilidad a trámite de demandas de este tipo, en base al artículo 12 de la Ley 24.968/88 la Sala ante la que se ha interpuesto la misma tiene cinco días para decidir su admisión a trámite o no.

#### **d) La acción de cumplimiento**

De acuerdo con el artículo 200.6, la acción de cumplimiento “procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”. Aunque de la simple lectura del artículo se deduzca que para iniciar esta acción no se requiere demostrar que la omisión en concreto lesiona un derecho, en algunos casos resueltos por el Poder Judicial se ha señalado que la acción de cumplimiento procede cuando “aparece de modo claro y manifiesto que se ha violado o amenazado algún derecho constitucional”<sup>29</sup>.

Resulta interesante mencionar que el Tribunal Constitucional ha señalado en algunas oportunidades que las normas cuyo acatamiento se puede exigir a través del procedimiento de cumplimiento son aquellas con “rango, valor y fuerza de ley” (Sentencias 168-97/TC y 811-97/TC, publicadas el 20 de octubre de 1997 y el 21 de marzo de

---

<sup>28</sup> Ibid. pp. 22-23.

<sup>29</sup> Sentencias recaídas en los expedientes 755-96 y 1013-96, publicadas el 24 de julio de 1996 y el 17 de agosto de 1996, respectivamente.

1998, respectivamente). Esta interpretación del Tribunal limita los alcances del proceso de cumplimiento, pues de continuar con esa tendencia jurisprudencial, se dejaría fuera de su ámbito de aplicación las pretensiones de los ciudadanos dirigidas a que se cumpla con una norma administrativa de carácter general (como por ejemplo los reglamentos), cuando son precisamente este tipo de normas las que más los afectan y las que con mayor frecuencia guían las actividades de los entes administrativos, además de ser las más numerosas en el sistema jurídico peruano<sup>30</sup>.

Así pues y, en resumen, podemos ver como la Constitución peruana de 1993 y las reformas y legislación posterior han supuesto, como decía al iniciar este capítulo, un claro retroceso en el reconocimiento y protección de los derechos sociales en relación con el constitucionalismo previo en el país.

---

<sup>30</sup> COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Garantías Constitucionales. Legislación vigente de los procesos constitucionales en Perú*. Ob. cit. p. 30.



## 4. LAS CONSTITUCIONES DE BRASIL DE 1988 Y DE COLOMBIA DE 1991. ¿LOS PRIMEROS PASOS EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES?

---

Brasil y Colombia constituyen dos países interesantes de estudiar en materia de derechos sociales.

El primero, Brasil, aprobó en 1988 una nueva constitución que, sin lugar a duda, constituyó, en su época, un texto realmente avanzado en reconocimiento de los derechos sociales y sobretodo, en establecimiento de garantías, no sólo de tipo individual sino también colectivas, para su plena eficacia. Sin embargo, el desarrollo en los noventa del programa de transformación económica neoliberal en el país, el conjunto de reformas constitucionales aprobadas por el Congreso destinadas al desmantelamiento de los derechos sociales reconocidos en la Carta y el carácter conservador del Supremo Tribunal Federal (STF) que no ayudó para nada en poder parar las citadas reformas, redujeron a nada la mayoría de aportes que el constituyente de 1988 había plasmado en el texto. Como decía un artículo que escribió el jurista brasileño F. Konder en el diario “Folha de Sao Paulo” (10-5-98): “No seamos ridículos. La Constitución de 1988 ya no está en vigor. (...) La constitución es hoy lo que la Presidencia (de la República) quiere que sea, sabiéndose que todas las voluntades del Palacio del Planalto son confirmadas por el Poder Judicial”<sup>1</sup>.

A pesar de todo y aún y no formar parte del denominado “neoconstitucionalismo” latinoamericano, ya que el texto constitucional brasileño presenta problemas de legitimidad<sup>2</sup> que no presentan el colombiano, el venezolano, el boliviano o ecuatoriano de 2008, sí creo

---

<sup>1</sup> Diario Folha de Sao Paulo. 10 de mayo de 1998, pp. 1-3.

<sup>2</sup> En Brasil no hubo una elección especial para elegir una Asamblea Constituyente cuya única función fuera expedir una nueva Constitución, sino que la idea era que después de las elecciones ordinarias para integrar la Cámara de diputados y el Senado, ambas cámaras se reunieran unicalmente en Asamblea Nacional y aprobaran la Constitución. A finales de 1985, el Presidente Sarney envió al Congreso una iniciativa de enmienda constitucional (la Núm. 26/85) que establecía:

importante detenernos en el estudio del tratamiento de los derechos sociales que hace la Constitución brasileña de 1988.

Colombia, en cambio, vive un proceso inverso, si bien la Constitución de 1991, aunque constitucionalizó por primera vez en el país los derechos sociales, realiza un tratamiento degradado de los derechos sociales y sus garantías en comparación con el que hace de los derechos civiles y políticos, la composición progresista de la Corte Constitucional colombiana ha hecho que, mediante su jurisprudencia, esta institución haya convertido Colombia, en muchas ocasiones, en ejemplo de justiciabilidad de los derechos sociales.

#### 4.1. LA CONSTITUCIÓN DE 1988 Y LOS DERECHOS SOCIALES EN BRASIL

Aunque, en Brasil, existían ya algunos antecedentes de derechos sociales reconocidos tanto a nivel constitucional como infraconstitucional<sup>3</sup>, fue la Constitución de 1988, que puso fin a la dictadura mili-

---

Art. 1: “Los miembros de la cámara de diputados y del Senado Federal se reunirán, unicameralmente, en Asamblea Nacional Constituyente, libre y soberana, el día 1 de febrero de 1987, en la sede del Congreso Nacional”.

Art. 3: “La Constitución será promulgada, después de la aprobación de su texto, en dos turnos de discusión y votación, por la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente”.

Con base a estas disposiciones, las elecciones para integrar el Congreso Nacional, que a la vez funcionaría como Asamblea Constituyente, se realizaron el 15 de noviembre de 1986. Un elemento a destacar fue el hecho que la cámara de senadores de la Asamblea Constituyente incluyó 23 senadores elegidos en 1982, debido al sistema de renovación, no total sino parcial, de dos tercios de dicha cámara. Esto significó que en la Asamblea Constituyente había senadores elegidos en tiempos donde el gobierno militar todavía ejercía gran influencia en la composición de las cámaras del Congreso. Sobre los problemas de legitimidad que presenta la Constitución brasileña de 1988, ver: P. BONAVIDES y P. DE ANDRADE. *Historia constitucional do Brasil*. Senado Federal. Brasilia. 1988, pp. 489-492; y, J. M. SERNA. *La reforma del Estado en América Latina: Los casos de Brasil, Argentina y México*. UNAM. México. 1998, pp. 29-35.

<sup>3</sup> A nivel constitucional podemos señalar el reconocimiento por la Constitución de 1824 de una “prestación de socorro público”, reconvertida, posteriormente en la Constitución de 1891, en jubilación de los funcionarios públicos en situación de discapacidad. A nivel infraconstitucional, el derecho a la

tar iniciada en 1964, la que constitucionalizó de manera completa e integral los derechos sociales.

La Constitución de 1988 asumió como metas fundamentales del Estado conseguir una sociedad libre, justa y solidaria, la erradicación de la pobreza y la marginación y la reducción de las desigualdades sociales y regionales (art. 3), y para ello, constitucionalizó un conjunto de principios y derechos sociales, así como los instrumentos necesarios para dotarlos de eficacia. Otra cosa es que posteriormente, las políticas neoliberales seguidas por los gobiernos brasileños y las reformas constitucionales liberalizadoras y de regresión de derechos sociales introducidos por los mismos, hayan impedido lograr los objetivos buscados por el constituyente originario.

#### ***4.1.1. Los derechos sociales como derechos fundamentales. ¿O no?***

La Constitución brasileña de 1988 agrupa los derechos fundamentales en el Título II del texto (“De los derechos y garantías fundamentales”), presentando la novedad de que ya no limita estos a la clásica visión liberal según la cual sólo son derechos fundamentales los derechos de defensa del individuo frente la ingerencia del Estado en su libertad personal y propiedades (derechos civiles), sino que incluye también como derechos fundamentales a los derechos sociales, ubicados en el Capítulo II (“De los derechos sociales”) del Título II citado. Ello supone un avance importante en el constitucionalismo brasileño que desde la Constitución de 1934 acostumbraba a colocar estos derechos, o gran parte de ellos, no en el interior de la carta de derechos, sino en el capítulo relativo al régimen económico y social, dotándolos de una eficacia reducida.

---

previsión social en materia de accidentes de trabajo se había reconocido por el Decreto legislativo núm. 3724 de 1919. Asimismo, el Decreto Legislativo núm. 4682 de 1923, conocido como Ley Elóy Chavez, había instituido una “Caja de jubilación y pensiones” para los trabajadores ferroviarios del país.

**a) Una carta fuera de la carta. La crítica basada en la distinción entre “derechos sociales de defensa” y “derechos sociales prestacionales”**

Sin embargo, esta visión positiva de la Constitución brasileña de 1988, puede no ser compartida, algunos autores afirman que si nos fijamos detenidamente en el Capítulo II (De los derechos sociales), que va del artículo 6 al 11, veremos que el avance no es tal. En estos artículos, especialmente del 7 al 11, sólo se reconocen y desarrollan los llamados “derechos sociales de defensa”, esto es, derechos que implican una obligación negativa del Estado, o dicho de otra manera, una obligación de abstenerse de actuar y respetar una esfera de libertad, en este caso social, de las personas. Si nos fijamos, vemos que en los citados artículos se desarrollan derechos de los trabajadores tales como la duración de la jornada laboral de ocho horas diarias, prohibición de cualquier discriminación en el salario, etc. (art. 7), el derecho a la libertad sindical (art. 8), el derecho a la huelga (art. 9), derecho a la participación de los trabajadores en las asambleas de los órganos públicos en que sus intereses profesionales o de seguridad social sean objeto de discusión y deliberación (art. 10) y derecho de los trabajadores, en las empresas de más de doscientos empleados, de elegir un representante con la finalidad de promover el entendimiento directo con los empleadores (art. 11), todos ellos “derechos sociales de defensa”.

Mientras que aquellos derechos sociales que implican una acción positiva del Estado, los llamados “derechos sociales prestacionales”, simplemente se enumeran en el artículo 6 (“Son derechos sociales la educación, la salud, el trabajo, el descanso, la seguridad, la previsión social, la proyección de la maternidad”), pero sin desarrollarlos. El desarrollo de su contenido así como del papel que el Estado debe llevar a cabo para garantizar su satisfacción, se realiza en el Título VIII (“Del orden social”) de la Constitución, ubicado fuera de la carta de derechos. Así por ejemplo, el derecho a la educación se desarrolla en el artículo 205, el derecho a la asistencia sanitaria se regula del artículo 196 al 200, o el derecho a la seguridad social en el artículo 195<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Ver: A. PEREIRA. *Direito do trabalho, direitos humanos sociais e a Constituição Federal*. LTR. Sao Paulo. 2006.



Este traslado de derechos fuera de la carta, nos dicen estos autores, afecta la eficacia y la efectividad de estos derechos, principalmente por dos razones: primero, por el hecho de que al ser positivados en la carta de forma abierta o vaga, deja abierta la posibilidad al legislador de disponer de ellos, teniendo libertad de conformarlos como quiera en su actividad legislativa concretizadora. Y, segundo, por el hecho de que al desarrollarse el contenido de estos derechos en el Título “Del orden social” y no en el “De los derechos fundamentales”, hace que las normas que fijan tal contenido dejen de adoptar la forma de derechos fundamentales que actúan como límite a la actuación del poder público, para convertirse en simples directrices de actuación para el mismo.

### **b) La no aceptación de la crítica por parte de la doctrina mayoritaria. El carácter unitario y conjunto de todos los derechos**

La anterior crítica no es aceptada por gran parte de la doctrina constitucional brasileña<sup>5</sup>. Las razones que llevan a esta no aceptación pueden ser varias.

En primer lugar, en ninguna parte la Constitución brasileña establece distinción alguna entre “derechos sociales de defensa” o “derechos de libertad social” y “derechos sociales prestacionales”, ade-

---

<sup>5</sup> Ver: J. A. da SILVA. “Reforma constitucional e direito adquirido”. En *Poder Constituinte e Poder Popular*. Malheiros. Sao Paulo. 2001, pp. 221-333; C. MÁRIO VELLOSO. *Temas de direito público*. Del rey. Belo Horizonte. 1997, pp. 457-474; L. ROBERTO BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Saraiva. Sao paulo. 1996, p. 56; C. AYRES BRITO y W. PONTES FILHO. “Direito adquirido contra emenda constitucional”. En *Revista de direito administrativo*. FGV. No. 202. Río de Janeiro, 1995, pp. 75-90; L. PINTO FERREIRA. “As emendas à Constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido”. En *Revista Latinoamericana de Estudios constitucionales*. Del rey. Belo Horizontes. Núm. 1, 2003, pp. 203-224; R. MACHADO. “Constituição e direito adquirido”, En *Revista de Informação Legislativa*. Núm. 112. Senado federal. Brasilia, 1991, p. 860; E. da SILVA. *A proteção aos directos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. Saraiva. Sao paulo, 2003, pp. 1228-242; C. TOLEDO. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. Landy editora. Sao Paulo, 2003, pp. 250-268; I. DANTAS. *Direito adquirido, emenda constitucional e controle de constitucionalidades*. Lumen Juris. Río de Janeiro. 1997.

más esta es, como hemos visto en el capítulo segundo de este trabajo y volveremos a verlo en el último, una distinción sin fundamento en la teoría de los derechos.

Y, en segundo lugar, como afirma I. W. Sarlet, el ubicar las normas de desarrollo de los derechos a la educación, la salud, el trabajo, el descanso, la seguridad, la previsión social y la proyección de la maternidad, en el Título referido al orden social, y no en el catálogo de derechos fundamentales, obedece al hecho de que tales normas se encuentran estrechamente relacionadas con las tareas, propias del Estado, de creación, destinación, distribución y redistribución de servicios o bienes materiales; pero, en ningún momento, ello significa que tales normas no hagan referencia a derechos fundamentales y no se les aplique la misma lógica que a estos últimos se aplica, como queda claro si miramos los artículos 5.1 y 5.2<sup>6</sup>.

El artículo 5.1 dice: “Las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales son de aplicación inmediata”. Pese a que la ubicación de este artículo dentro del Capítulo I, artículo 5, referido a “los derechos individuales y colectivos” pueda hacer dudar sobre si se aplica sólo a los derechos contemplados en el artículo 5 o a todos los derechos fundamentales, una mirada en la literalidad del artículo nos quita de dudas. Al establecer “las normas definidoras de los derechos fundamentales” deja claro que se aplica no sólo a todos los derechos fundamentales sino también a todas aquellas normas que desarrollen los mismos, independientemente de cual sea su ubicación en el texto constitucional.

Así pues, la aplicación del principio de aplicabilidad directa a las normas del Título “Del orden social”, que desarrollan los derechos sociales fundamentales conlleva que estas normas, al igual que cualquier derecho fundamental, impliquen: a) la revocación de todos los actos normativos anteriores contrarios a su contenido y, por tanto, su desapplicación, independientemente de si hay o no hay una declaración de inconstitucionalidad<sup>7</sup>; b) la fijación de imposiciones que vinculan permanentemente al legislador, en el sentido que al con-

---

<sup>6</sup> I. W. SARLET. “Os directos fundamentais sociais na Constituição de 1988”. En VV.AA. *O direito público em tempos de crise*. Livreria do adrogado. Porto Alegre, 1999, p. 148.

<sup>7</sup> L. R. BARROSO. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Renovar. Río de Janeiro, 1996, p. 117.

cretizar los programas previstos en las normas no podrá salir de los parámetros que estas le fijan<sup>8</sup>; c) la declaración de inconstitucionalidad de todos los actos normativos posteriores a la Constitución que colisionen con su contenido; d) creación de parámetros para la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, las otras normas constitucionales y las normas infraconstitucionales, ya que contienen directrices, principios o fines que condicionan la actividad de los órganos estatales e influyen, en este sentido, a todo el ordenamiento jurídico; y, e) creación de derechos subjetivos cuya satisfacción puede ser reclamada por vía jurisdiccional por cualquier ciudadano.

Y, el artículo 5.2, al señalar: “Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados (...)”, permite sustentar la existencia de derechos no incorporados estrictamente en el catálogo de derechos fundamentales sino en otras partes, ya sean tratados internacionales u otros Títulos de la Constitución, especialmente en el Título del orden social.

En consecuencia, en contraposición a la crítica señalada anteriormente, estos argumentos esgrimidos por la mayoría de la doctrina constitucional brasileña, parecen demostrar la existencia de un único sistema unitario y conjunto de derechos en la Constitución de 1988, ubicándose todos los derechos en ella reconocidos, en el mismo plano de fundamentalidad formal y material.

#### ***4.1.2. Instrumentos para asegurar la efectividad de los derechos sociales***

De nada serviría el reconocimiento que la Constitución brasileña hace de los derechos sociales si no estableciera mecanismos para la justiciabilidad de los mismos. La Constitución de 1988 no sólo recogió las garantías constitucionales ya existentes en la tradición constitucional brasileña, sino que creó de nuevas.

---

<sup>8</sup> J. A da SILVA. “Aplicabilidade das normas constitucionais”. *Revista dos tribunais*. Sao paulo, 1982, p. 117.

### a) El Mandamiento de Seguridad simple (*Mandamento da segurança*)

El artículo 5.LXVIII dice: “Se concederá mandamiento de seguridad para proteger un derecho determinado y cierto, no amparado por “hábeas corpus” o “hábeas data” cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuese una autoridad o un agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público”. Por tanto, se trata de una acción especial y sumaria ya prevista por las anteriores constituciones y regulada en la Ley núm. 1533 de 31 de diciembre de 1951, puesta a disposición de toda persona física o jurídica para la protección de aquellos derechos constitucionales, no amparados por la garantía de Hábeas Corpus o Hábeas Data, que hayan sido vulnerados o amenazados de vulneración.

El principal inconveniente que esta acción ha presentado muchas veces en la práctica para la justiciabilidad de los derechos sociales es el tipo de derechos que ampara, derechos “determinados y ciertos”, expresión creada recientemente en la Constitución de 1988 en sustitución de la expresión usada por la legislación precedente que hablaba de derechos “ciertos e indiscutibles”. Se entiende por derecho determinado y cierto aquel que existe explícitamente, que tiene una extensión delimitada y que es apto para ser ejercido en el momento en que es invocado. Esto significa que para que un derecho pueda ser amparado por el Mandamiento de seguridad ha de estar expresamente previsto en una norma legal así como estar claramente delimitados, en la misma norma, todos los requisitos y condiciones de su aplicación<sup>9</sup>.

Ello hace que el problema, citado en el capítulo segundo, de la falta de especificación del contenido y alcance de los derechos sociales y, por tanto, de las obligaciones legales que de ellos se derivan, se torne insalvable. Precisamente por esto, el Mandamiento de seguridad simple se ha convertido en una acción muy poco eficaz para la protección de derechos sociales.

---

<sup>9</sup> H. L. MEIRELLES. *Mandado de Segurança*. Malheiros. Sao Paulo, 1990, pp. 28-29.

## **b) Las acciones colectivas o de protección de intereses colectivos**

Otro de los límites y dificultades para la justicabilidad de los derechos sociales, que señalaba en el capítulo segundo de este estudio, era la inadecuación de los instrumentos procesales tradicionales, pensados para juicios bilaterales o conflictos entre individuos privados, para tramitar demandas colectivas de derechos sociales o proteger a colectividades con problemas comunes que requieren de un remedio colectivo. Ello, decía, hace surgir el reto de crear nuevos instrumentos procesales que permitan superar esta dificultad. La Constitución brasileña de 1988 fue, sin duda, vanguardista en este sentido, recogiendo y creando diferentes acciones colectivas o de protección de intereses colectivos.

### *i) La acción popular*

La acción popular está prevista en el derecho constitucional brasileño desde la Constitución de 1934, habiendo sido reeditada en todas las cartas constitucionales posteriores, excepto la de 1937, y recogida en la Constitución actual en su artículo 5.LXXII, que establece: “cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural, quedando el actor, salvo mala fe comprobada, exento de las costas judiciales y de los gastos de sucumbencia”.

En general, las acciones populares se caracterizan por poseer un carácter preventivo y restaurador de los derechos e intereses colectivos. En el caso de Brasil, algunos autores<sup>10</sup> han criticado el hecho de que se limite la legitimidad activa para interponer la acción popular a “cualquier ciudadano”, pues por la propia naturaleza de la acción popular, el sujeto en mejores condiciones para interponerla, en la mayoría de los casos, son personas jurídicas (un sindicato o una asociación), además la “impersonalidad” de estas asociaciones ayuda a diluir la responsabilidad de la medida, la cual puede volverse ex-

---

<sup>10</sup> L.R. BARROSO. *O direito constitucional e a efetividades de suas normas*. Ob. cit. p. 133.

cesiva para un solo individuo. De hecho, en otros países donde posteriormente se reconoció la acción popular como es el caso de Colombia en la Constitución de 1991 (art. 88), la legislación que desarrolla tal artículo, la Ley no. 472 de 1998, otorga legitimidad activa para su interposición tanto a personas naturales como jurídicas (artículo 12 de la Ley). Por tanto, seguramente sí que es cierto que hubiera sido mucho mejor empezar el artículo 5.LXXII con una redacción que estableciera “Cualquier persona física o jurídica domiciliada en Brasil (...)”.

La importancia que esta acción tiene para la protección de los derechos sociales es múltiple, por ejemplo, el uso de acción popular para invalidar actos lesivos al patrimonio público puede utilizarse para la defensa de lo que J. Carvalho Filho denomina “derechos sociales urbanísticos” derivados del artículo 182 de la Constitución, ubicado dentro del Capítulo II (De la política urbanística) del Título VII (Del orden económico y financiero), y que dice: “La política de desarrollo urbanístico, ejecutada por el Poder Público Municipal, de acuerdo con las directrices generales fijadas en la ley, tiene por objeto ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y *garantizar el bienestar de sus habitantes*”<sup>11</sup>.

## ii) *El Mandamiento de Seguridad Colectiva (Mandamento de segurança colectiva)*

El mandamiento de seguridad colectiva está previsto en el art. 5.LXIX, es una acción nueva introducida por la Constitución de 1988, que puede ser interpuesta por partidos políticos con representación en el Congreso, organizaciones sindicales, entidades de clase o asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento desde al menos hace un año, en defensa de sus miembros o asociados.

Más que tratarse de una auténtica novedad, el mandamiento de seguridad colectiva no es más que una nueva variante del mandamiento de seguridad simple pero con modificaciones desde el punto de vista objetivo, pues no busca la defensa de intereses particulares sino colectivos, y subjetivo.

---

<sup>11</sup> Ver: J. CARVALHO FILHO. “O principio de efetividade e os directos sociais urbanísticos”. En VV.AA. *A efetividade dos directos soais*. Lumen Juris. Río de Janeiro, 2004, pp. 303-334.

Desde el punto de vista subjetivo destaca la legitimación activa de sindicatos y asociaciones y entidades de clase para interponer el mandamiento. La posibilidad de estas organizaciones de actuar en defensa de sus miembros fue una preocupación prioritaria del constituyente pues, también la reconoció en el artículo 8.III (“Compete al sindicato la defensa de los derechos e intereses colectivos o individuales de la categoría, incluso en cuestiones jurídicas o administrativas”), y el artículo 5.XXI (“Las entidades asociativas, cuando estén expresamente autorizadas, están legitimadas para representar a sus afiliados judicial o extrajudicialmente”).

Este último artículo, el 5.XXI, se ha puesto muchas veces en relación con el mandamiento de seguridad colectiva del artículo 5.LXIX, generando la discusión sobre si para que un sindicato, asociación o entidad de clase, pueda ejercer el mandamiento, necesita también de autorización expresa de sus miembros. Aquí hay opiniones diversas, los Tribunales de Justicia de los Estados de Sao Paulo o de Mato Grosso, por ejemplo, han emitido sentencias señalando que para el caso de la interposición de un mandamiento de seguridad colectiva por parte de sindicato, asociación o entidad de clase, estos no necesitan la autorización expresa de sus miembros que sí requiere una asociación cuando actúe bajo la forma del artículo 5.XXI, pues se trata de situaciones diferentes. Esta última acción defiende el interés individual de uno de los miembros de la asociación, por eso necesita de autorización expresa del mismo, mientras que la garantía constitucional del mandamiento de seguridad colectiva defiende intereses colectivos<sup>12</sup>.

En sentido contrario, los Tribunales de Justicia de los Estados de Río Grande do Sul o de Río de Janeiro, han afirmado que la necesidad de autorización señalada por el artículo 5.XXI se aplica también analógicamente para el 5.LXIX<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Para la sentencia del Tribunal de Justicia de Sao Paulo, ver: MS 10. 503-0, Rel. Des. Yussef Cahali. Revista dos Tribunais 657/74; para le caso de la sentencia del Tribunal de Justicia de Mato Grosso, ver: Revista dos Tribunais 660/157.

<sup>13</sup> Para la sentencia del Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul, ver: Revista dos Tribunais 668/159; para le caso de la sentencia del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, ver: MS 96/89, 3º Gr. C.C., Rel. Des. Mello Serra, j. 7-06-1989.

Más complicada es la cuestión de los partidos políticos, cuando se dice que pueden interponer mandamiento de seguridad colectiva para defender “los intereses de sus miembros”, ¿Cuáles son los intereses de los miembros de un partido político?, estos pueden ser casi ilimitados, además se corre el peligro de trasladar al ámbito judicial la lucha política, la cual debe darse en otro campo. C. M. da Silva Velloso ha planteado la tesis de que los partidos políticos sólo puedan exigir la justiciabilidad por esta vía de derechos de naturaleza política (artículo 14, 15, 16 y 17) a favor de afiliados suyos<sup>14</sup>. Por su banda, C. Passos afirma que sólo se debe admitir la legitimación directa de los partidos políticos cuando no exista ninguna entidad representativa de los sujetos cuyos intereses están en juego, para permitir así la representación de aquel segmento de la población no organizada<sup>15</sup>.

Sobre esta cuestión el Tribunal Superior de Justicia, creado por la Constitución de 1988, en tener que pronunciarse sobre un mandamiento de seguridad colectiva interpuesto por el Partido de los Trabajadores en 1990 que tenía por objeto los intereses de los jubilados, manifestó la no procedencia del mandamiento pues “cuando la Constitución autoriza a un partido político a interponer mandamiento de seguridad colectiva, sólo puede entenderse en el sentido de defender a sus afiliados y por cuestiones políticas, cuando así estos lo hayan autorizado mediante aprobación de los estatutos del partido. Por tanto, no se puede aceptar la legitimidad del Partido de los Trabajadores para iniciar un juicio en defensa de 50 millones de jubilados que no son, en su totalidad, afiliados del partido y que no lo han autorizado, en su totalidad (mediante la aprobación de los estatutos del partido), a interponer el mandamiento”<sup>16/17</sup>.

---

<sup>14</sup> C. M. da SILVA VELLOSO. “As novas garantias constitucionais”. En *Revista dos Tribunais*. Núm. 644. Sao Paulo, 1989, p. 11.

<sup>15</sup> *Ibid.* p. 22.

<sup>16</sup> Ver: MS. 197-DF, Rel. Min. José de Jesus, RSTJ 2 (12), agosto 1990, p. 215.

<sup>17</sup> Sobre el Mandamiento de seguridad colectiva, ver: L. R. BARROSO. “O direito constitucional e a efetividade de suas normas”. Ob. cit. 207-216; y, A. BUZAID. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. Saraiva. Sao Paulo, 1992.



*iii) La acción civil pública (Ação civil pública)*

La figura de la acción civil pública había sido creada en 1985 por la Ley núm. 7347, de 24 de julio. En su artículo 5, esta ley otorgaba legitimidad activa al Ministerio Público, la Unión, los Estados, los municipios, las empresas pública, fundaciones, sociedades de economía mixta y las asociaciones legalmente establecidas, en funcionamiento por un período superior a un año y que sus finalidades estuvieran basadas en la defensa de algunos de los intereses tutelados por la ley, para interponer acción civil pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, a los consumidores, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico.

En 1988, la nueva Constitución retomará esta garantía, de manera compatible con la Ley núm. 7347 de 1985, aunque introduciendo dos ampliaciones importantes.

La primera, una ampliación de los casos en que la acción civil pública puede ser usada. El artículo 129.III de la Constitución señala que esta acción procederá “para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y otros intereses difusos y colectivos”, con lo cual, como puede observarse, su formulación genérica amplía enormemente los supuestos de posible interposición de la acción, incluyendo también la protección de derechos sociales de grupos que comparten intereses colectivos y que son situaciones que requieren de un remedio colectivo.

Y la segunda, la apertura de la posibilidad de que la acción civil pública pueda ser interpuesta, no sólo por los sujetos previstos en la ley, sino también por personas físicas. El artículo 129.III otorga legitimidad activa al Ministerio Público para promover la acción civil pública, sin que ello, dice el inciso 1º del mismo artículo, “impida la promoción de la misma por parte de terceros en las mismas hipótesis según lo dispuesto en esta Constitución y en la ley”. Ello legitima a los otros sujetos fijados en el artículo 5 de la Ley núm. 7347 de 1985, pero también, al utilizar el término “terceros”, el texto deja abierta la posibilidad de interposición de la acción civil pública por parte de personas físicas

Con posterioridad a la aprobación de la Constitución, en 1988, diversas leyes han especificado intereses tutelables por vía de la acción civil pública: la Ley núm. 7853 de 1989 para la defensa de las

personas con discapacidades, la Ley núm. 7913 de 1989 de responsabilidad por daños causados a los inversores en el mercado de valores mobiliarios, o la Ley núm. 8069 de 1990 que instituyó el Estatuto de la niñez y la adolescencia<sup>18</sup>.

Así pues, la acción civil pública amplía las posibilidades del Poder Judicial de controlar el diseño de políticas públicas y hacer efectivos los derechos fundamentales.

### **c) La alegación de incumplimiento de un precepto fundamental**

El artículo 102, párrafo 1º, establece: “La alegación de incumplimiento de un precepto fundamental derivado de esta Constitución será apreciado por el Supremo Tribunal, en la forma de la ley”. Este es un instrumento relevante de protección de los derechos sociales, sobretodo si examinamos la cuestión de la legitimación activa (cualquier persona) y la posibilidad del ciudadano de recurrir directamente al TSF, siempre que se hubiere violado algún derecho. Sin embargo, esta acción ha presentado desde su creación dos complicaciones que la han hecho totalmente ineficaz.

La primera, la dificultad de la conceptualización de lo que significa la expresión “precepto fundamental derivado de esta Constitución”. En cuanto a “precepto fundamental”, J. A. da Silva señala que ello abarca los principios fundamentales y todas las demás prescripciones que establecen el sentido básico del régimen constitucional como son, por ejemplo, las que apuntan la autonomía de los Estados, del Distrito Federal y, especialmente, las que designan derechos y garantías fundamentales<sup>19</sup>. Y, en cuanto a “derivado”, puede entenderse que se abre la posibilidad de presentar la acción no sólo contra incumplimiento de disposiciones estrictamente constitucionales, sino también contra incumplimiento de ley o acto normativo que desarrolle una disposición de la Constitución<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> L. R. BARROSO. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Ob. cit. pp. 137-141.

<sup>19</sup> J. A. da SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros. Sao Paulo. 1998 (12ª ed.), p. 530.

<sup>20</sup> L. LUIZ STRECK. “Medios de acceso del ciudadano a la jurisdicción constitucional: las paradojas de la ineffectividad del sistema jurídico brasileño”.

Y, la segunda la cual se ha convertido durante muchos años en la principal complicación, es la expresión “en la forma de la Ley”, surgiendo la duda de si se refiere a la pregunta ¿la ley reglamentaria es condición de posibilidad para el conocimiento por el STF de la alegación de incumplimiento?, o bien a ¿la ley de la que habla el texto constitucional está referida a la enumeración de los preceptos fundamentales posibles de alegación? El STF lo ha interpretado en el primer sentido, señalando que para que la alegación de incumplimiento pueda ser viabilizada necesita ser reglamentada por una ley ordinaria. Sin embargo, desde 1988 hasta 1999, es decir 11 años, no había sido aprobada por el legislativo esta ley, y esta falta de reglamentación ha sido usada durante este tiempo como argumento para el no conocimiento y, por tanto, para la recusación de alegaciones por incumplimiento presentadas ante el STF<sup>21</sup>.

Como dice L. Luiz Streck, “es extremadamente paradójico que una institución hecha para salvaguardar los derechos fundamentales haya sido tanto tiempo ineficaz por la ausencia de una norma reglamentaria, ausencia esta que, por sí sola ya fundamenta la propia alegación de incumplimiento de un precepto fundamental”<sup>22</sup>.

---

En VV.AA. *La protección constitucional del ciudadano*. Konrad Adenauer-CIEDLA. Buenos Aires, 1999, p. 68.

<sup>21</sup> El propio STF señaló, en 1993, justificando la inadmisión de una alegación de incumplimiento por falta de ley reglamentaria que la desarrolle, lo siguiente: “La previsión del párrafo único del artículo 102 de la Constitución Federal sólo puede tener eficacia unido a una ley reglamentaria. (...) aspecto, por sí mismo suficiente para obstaculizar la tramitación de la alegación (...)” (Ag. Reg. Em Agr. De Instr. DJU, de 12 de marzo de 1993). Otro caso donde el STF manifestó lo mismo fue: Ag. Reg. 22427-5-PA. DJU, de 15 de marzo de 1996. Aunque el caso más famoso fue la acción interpuesta por el ex Presidente de la República Fernando Collor de Mello. En este caso, el ex Presidente alegó incumplimiento de un precepto constitucional, en vista de la pérdida de sus derechos políticos por el período de ocho años como resultado del proceso de “impeachment” al que fue sometido por el Congreso Nacional. El entonces Presidente renunció del cargo antes de terminado el proceso, pero el proceso siguió. El STF señaló que la acción interpuesta por el ex Presidente amparándose en la garantía del párrafo 1 del artículo 102 no era aplicable por falta de ley reglamentaria (Ver: publicaciones del STF: Impeachment. Brasilia: Imprensa Nacional, 1996 y RTJ 162 v.1).

<sup>22</sup> L. LUIZ STRECK. “Medios de acceso del ciudadano a la jurisdicción constitucional: las paradojas de la ineffectividad del sistema jurídico brasileño”. Ob. cit. p. 66.

Finalmente, en 1999 el legislativo aprobó la Ley núm. 9.882, de 3 de diciembre, que desarrolla la alegación de incumplimiento de un precepto fundamental del artículo 103 párrafo 1°.

#### **d) La inconstitucionalidad por omisión**

La inconstitucionalidad por omisión hace referencia al incumplimiento por parte de los poderes constituidos de un mandato constitucional de tipo positivo que les obliga a crear una norma legal para desarrollar preceptos constitucionales determinados, y que puede llegar a obstaculizar la eficacia de un derecho subjetivo determinado. Por ejemplo, en materia de derechos de los trabajadores, al artículo 7.XI señala: “son derechos de los trabajadores urbanos y rurales: (...) la participación en los beneficios, o resultados, desvinculada de la remuneración, y excepcionalmente, participación en la gestión de la empresa, *conforme a lo señalado en la ley*”.

En consecuencia, se podría llegar a afirmar en sentido amplio que en estos casos, “existe un derecho subjetivo de los ciudadanos a la actividad legislativa, imprescindible para la efectividad, especialmente, de los derechos sociales”<sup>23</sup>.

En la Constitución de 1988, se prevén dos mecanismos para evitar la omisión constitucional: el “mandado de injuíçao” y la acción directa de inconstitucionalidad por omisión.

##### *i) El “Mandado de injuíçao”*

El art. 5 LXX dispone: “Se concederá “mandado de injunçao” siempre que por falta de norma reguladora, se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> E. R. GRAU. “A Constituinte e a Constituição que teremos”. *Revista dos Tribunais*. Sao Paulo, 1985, p. 45.

<sup>24</sup> En el mismo sentido, el artículo 102.I.p establece: “Es competencia del Supremo Tribunal Federal (...) procesar y juzgar, originariamente: los “mandados de injunçao”, cuando la elaboración de la norma reglamentaria estuviese atribuida al Presidente de la República, al Congreso Nacional, a la Cámara de Diputados, al Senado Federal, a las mesas de una de esas Cámaras Legislativas, al Tribunal de Cuentas de la Unión a uno de los Tribunales Superiores, o al propio Supremo Tribunal Federal”; y, el artículo

Por tanto, el “mandado de enjuíçao” es una acción de que dispone todo titular de un derecho cuyo ejercicio esté obstaculizado por falta de norma que lo desarrolle, contra la autoridad u órgano público a quien se imputa la omisión, así como contra la autoridad u órgano público o privado que debe soportar la carga de una eventual concesión del “mandado de enjuíçao”. Así por ejemplo, si el Congreso omite reglamentar un beneficio constitucional determinado otorgado a los beneficiarios de la previsión social, las partes legitimadas pasivamente serían el Congreso y el Instituto Nacional de Previsión Social, que es quien deberá soportar en última fase las consecuencias de la concesión del “mandado de enjuíçao”.

Para que un “mandado de enjuíçao”, pueda ser admitido a trámite, es necesario que la norma constitucional en cuestión no sea en sí misma auto-aplicable y que ya haya pasado el plazo previsto en la Constitución para la elaboración de la norma que lo desarrolle<sup>25</sup>.

## ii) *La acción de inconstitucionalidad por omisión*

El artículo 103 establece los sujetos con legitimación activa para interponer acción de inconstitucionalidad<sup>26</sup>. Se entiende que estas acciones de inconstitucionalidad pueden estar dirigidas tanto a declarar la nulidad de una norma o acto administrativo contrario a la Constitución, o a solicitar la inconstitucionalidad por omisión, pues el inciso 2 de este artículo 103 establece: “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma constitucional, se comunicará al poder competente para

---

102.II.a: “Es competencia del Supremo Tribunal Federal (...) procesar y juzgar, en recurso ordinario: los “habeas corpus”, los “mandados de segurança”, los “hábeas data” y los “mandados de injunção” decididos en única instancia por los Tribunales Superiores, si la resolución fuese denegatoria”.

<sup>25</sup> Sobre el “Mandado de injunção”, ver: P. BONAVIDES y P. DE ANDRADE. *Historia constitucional do Brasil*. Ob. cit. pp. 500-514.

<sup>26</sup> Estos sujetos son: el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la cámara de diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa, el Gobernador del Estado, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, los partidos políticos con representación en el Congreso y las Confederaciones sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.

la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días”.

Vistos estos dos mecanismos para evitar la inconstitucionalidad por omisión, cabe preguntarse ¿cuál es la diferencia entre ellos dos? En primer lugar, el órgano ante quien se interponen, el “mandado de injuçao” se interpone ante los jueces o tribunales ordinarios y la acción de inconstitucionalidad por omisión ante el Tribunal Superior Federal. Y en segundo lugar, por el tipo de decisión que ambas acciones suponen. Como he dicho, en caso de que el STF acepte la inconstitucionalidad por omisión, este pondrá su decisión en conocimiento de la autoridad competente para que esta adopte las medidas oportunas. En cambio, cuando ante un “mandado de enjuçao”, un juez o tribunal reconoce que un derecho constitucional es ineficaz por falta de norma infraconstitucional, el propio juez o tribunal realizará un ejercicio de integración del ordenamiento jurídico, supliendo la laguna legal y convirtiendo el derecho concreto en eficaz y ejercitable<sup>27</sup>. En este último caso, el objeto de la decisión no es crear una orden o una recomendación para que se dicte una norma, al contrario, el órgano judicial sustituye al órgano legislativo o administrativo competente para crear la regla, creando el propio juez o tribunal para los fines específicos del litigio, la norma necesaria. Por tanto, la función final del “mandado de injuçao” es hacer que una disposición constitucional sea aplicada a favor del demandante, independientemente de si existe o no norma que la desarrolle.

En la práctica, el STF ha minimizado y desnaturalizado el “mandado de enjuçao”, haciendo valer la concepción de que el objeto de esta acción es “poner en conocimiento del órgano correspondiente la existencia de la omisión”<sup>28</sup>, y no, como dice toda la doctrina, otorgar una atribución de competencia al poder judicial para formular, en los límites de los casos sometidos a su apreciación, una norma o regla faltante. Esta posición del STF ha hecho desaparecer, en la práctica, toda diferencia del “mandado de enjuçao” con el recurso de inconsti-

---

<sup>27</sup> C. M. da SILVA VELLOSO. *As novas garantias constitucionais*. Ob. cit. p. 14.

<sup>28</sup> RDA 184/226, 1991, MI 107-3-DF, rel Min. Moreira Alves.

tucionalidad por omisión y ha acabado por hacer caer el primero en la marginalidad<sup>29/30</sup>.

Hasta aquí he analizado los derechos sociales y sus garantías en la Constitución de 1988, que sin duda constituye, con sus pros y sus contras, un antecedente positivo en el reconocimiento, protección y justiciabilidad de los derechos sociales, sin embargo la historia ha hecho que este se haya convertido en un antecedente teórico pero no práctico. La realidad desde principios de los años 90 hasta la actualidad, no se ha caracterizado en Brasil por la protección de estos derechos sino más bien por el vaciamiento de su contenido.

#### **4.1.3. *El debate entorno a los derechos adquiridos: neo-liberalismo, reformas constitucionales y vulneración de la voluntad del constituyente originario***

Como he señalado en el capítulo segundo del presente trabajo, el sólo reconocimiento y protección a nivel constitucional de los derechos sociales no es suficiente para garantizar el pleno acceso de los ciudadanos a estos. El estatus jurídico debe combinarse, entre otros aspectos, con una clara voluntad política de hacerlos efectivos. La efectividad de los derechos sociales, aún y reconocerse como dere-

---

<sup>29</sup> Algunas decisiones de los tribunales que demuestran la ineficacia en que ha caído el “mandado de injuíçao” son: MI N° 168, Min Sepúlveda Pertence: “el mandado de injuíçao no autoriza al Poder Judicial a suplir la omisión legislativa o reglamentar, publicando el acto normativo y mucho menos aún, le permite ordenar, de inmediato, acto concreto de satisfacer el derecho reclamado”; MI N° 238-0, Min Celso Mello: “el nuevo mandado de injuíçao no se destina, pues, a constituir derecho nuevo, ni a enseñar al Poder Judicial el anómalo desempeño de funciones normativas que le son institucionalmente extrañas. El mandado de injuíçao no es un sucedáneo constitucional de las funciones político-jurídicas atribuidas a los órganos estatales en situación de incumplimiento. La propia excepcionalidad de ese nuevo instrumento jurídico impone al Poder Judicial el deber de estricta observancia del principio constitucional de la división de poderes” (R. POLETTI. *O controle da constitucionalidade das Leis*. Editora Forense. Río de Janeiro, 1998, p. 225).

<sup>30</sup> Para un análisis de la jurisprudencia y la doctrina sobre el tema, así como para una propuesta para la solución de las omisiones legislativas violadoras de los derechos constitucionales, ver: L. R. BARROSO. “Mandado de injuíçao: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação”, En C. A. MENEZES (ed.). *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Renovar. Río de Janeiro. 1997.p. 429.

chos fundamentales, no se alcanza con una norma y, por tanto, es una cuestión que no se resuelve exclusivamente en el ámbito jurídico. Brasil es, como veremos a continuación, un claro ejemplo de ello.

Paralelamente a las garantías constitucionales de los derechos sociales a las que acabo de hacer referencia anteriormente, el artículo 5.XXXV reconoce otra garantía adicional: “La ley no perjudicará los derechos adquiridos, los actos jurídicos perfectos ni la cosa juzgada”.

Este es uno de los artículos que mayor discusión ha generado en la doctrina brasileña, especialmente durante todo el proceso de aplicación del programa económico neoliberal durante la década de los 90. La discusión se ha centrado entorno al significado del concepto “ley” usado por el artículo 5.XXXV, diferenciándose dos posiciones.

### **a) La concepción restrictiva del concepto “ley” usado en el artículo 5.XXXV**

Una primera posición, señala que si miramos el artículo 59 de la Constitución, el cual establece: “El proceso legislativo comprende la elaboración de: I. Enmiendas a la Constitución; II. Leyes complementarias; III. Leyes ordinarias; IV. Leyes delegadas; V. Medidas provisionales; VI. Decretos legislativos; y, VII. Resoluciones”; observamos que el concepto de “ley” usado por el artículo 5.XXXV se refiere a leyes complementarias, leyes ordinarias, leyes delegadas, y efectivamente, es obvio también a partir de una interpretación legal lógica, que si las leyes no pueden vulnerar derechos adquiridos, las normas infralegales (medidas provisionales, decretos y resoluciones) tampoco puedan, por tanto se refiere al legislador infraconstitucional. Pero no se refiere a las enmiendas constitucionales o, lo que es lo mismo, reformas de la constitución, por tanto no afecta al poder constituyente derivado, que no está condicionado por el respeto de los derechos adquiridos.

Esta es una postura defendida por autores como C. Ribeiro Bastos, según el cual una enmienda constitucional “por la fuerza de norma constitucional con la que está revestida, debe poder eliminar derechos adquiridos”<sup>31</sup>. O, P. Modesto, que establece que “los derechos

---

<sup>31</sup> C. RIBEIRO BASTOS y I. GANDRA. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. II. Saraiva. Sao Paulo, 1989, p. 191.



adquiridos no son una garantía dirigida al poder constituyente originario o reformador. Es una garantía del ciudadano frente al legislador infraconstitucional y utilizable simplemente para contener la eficacia derogatoria de una ley nueva hacia situaciones constituidas en el pasado<sup>32</sup>.

Sobre esta cuestión no se ha pronunciado el Supremo Tribunal Federal, desde la aprobación de la Constitución de 1988. Años antes de su aprobación pero, se había manifestado expresamente sobre el tema de los derechos adquiridos afirmando que “no existen derechos adquiridos contra un texto constitucional, resulte este de un poder constituyente originario o de un poder constituyente derivado”<sup>33</sup>. No obstante, esta afirmación del STF dejó de tener sentido con la entrada en vigor en el nuevo régimen constitucional de una cláusula pétrea explícita para los derechos individuales, lo cual alterará significativamente los contornos de la discusión como veremos al detenernos después en la postura que defiende una concepción amplia del concepto “ley”.

Esta concepción restrictiva del concepto de “ley” usado por el artículo 5.XXXV y que afirma que la restricción de no poder vulnerar derechos adquiridos afecta al legislador infraconstitucional, pero no al constituyente derivado, ha sido la que ha acabado imponiéndose en la práctica legislativa y política brasileña, posibilitando todo el proceso de transformación económica neoliberal llevado a cabo mediante enmiendas constitucionales.

En marzo de 1994, tuvieron lugar las segundas elecciones presidenciales desde el retorno de la democracia en el país<sup>34</sup>, imponiéndose

---

<sup>32</sup> P. MODESTO. “A reforma administrativa e o direito adquirido ao regime de função pública”. En *Revista Trimestral de Direito Público*. Malheiros. Sao Paulo, 1996, p. 237.

<sup>33</sup> Esto fue acordado por el plenario del STF No. RE. 94.4141-SP, siendo relator el Min. Moreira Alves y se encuentra publicado en RTJ 114:243-244. En aquel caso se discutía, la existencia de un supuesto derecho adquirido de ministro en base a la Enmienda Constitucional no. 07/67, que prohibía a los miembros del poder judicial el ejercicio de más de una actividad en el magisterio superior.

<sup>34</sup> Las primeras elecciones presidenciales, desde 1960, habían sido en octubre de 1989, en ellas el candidato liberal-conservador del Partido de Reconstrucción Nacional (PRN), Fernando Collor de Mello, ganó frente al candidato del principal partido de la oposición, el Partido de los Trabajadores

el candidato del Partido de la Social Democracia Brasileña (PSDB), Fernando Henrique Cardoso, frente a su oponente Luís Inácio Lula da Silva, del Partido de los Trabajadores (PT). Durante su mandato, Cardoso, que en 1997 presentó un proyecto de enmienda constitucional, aprobada por las dos cámaras (EC núm. 6 de 4 de junio de 1997), para permitir su reelección como Presidente, llevó a cabo una transformación económica neoliberal del país sustentada sobre tres pilares estructurales complementarios. Dos los llevó a cabo a través de enmiendas constitucionales, y el tercero a través de legislación infraconstitucional.

La primera transformación sustantiva de orden económico fue la “extinción de determinadas restricciones al capital extranjero”. La Enmienda Constitucional núm. 6, de 15 de agosto de 1995, suprimió el artículo 171 de la Constitución, que protegía la empresa nacional frente a la extranjera<sup>35</sup>. Asimismo, la misma enmienda modificó la redacción del artículo 176 para permitir que la explotación y aprovechamiento de los recursos minerales y del potencial de energía eléctrica, pudieran ser concedidos a empresas constituidas en virtud de las leyes brasileñas pero eximidas de la obligación de estar bajo control de capital estatal.

La segunda línea de reformas a nivel económico fue la llamada “flexibilización de los monopolios estatales”. La Enmienda Constitucional, núm.5 de 15 de agosto de 1995 alteró la redacción del artículo 25.2, abriendo a los Estados federados la posibilidad de conceder a empresas privadas la explotación de los servicios públicos locales de distribución de gas canalizado, que anteriormente

---

(PT), Luís Inácio Lula da Silva. El nuevo Presidente fue destituido del cargo en 1992, con los votos del Congreso, por verse mezclado en diversos episodios de corrupción. Con la destitución asumió el cargo el Vicepresidente, Itamar Franco. Durante su mandato, en 1993, se realizó el referendo popular sobre la forma de gobierno, establecido en el artículo 2º de las disposiciones transitorias de la Constitución, donde venció la República sobre la Monarquía, y el presidencialismo frente el parlamentarismo.

<sup>35</sup> Art. 171: “(...) 1º La ley podrá, en relación a la empresa brasileña de capital nacional: I. conceder protección y beneficios especiales temporales para desenvolver actividades consideradas estratégicas para la defensa nacional o imprescindibles para el desenvolvimiento del País. (...); 2º En la adquisición de bienes y servicios, el poder público dará tratamiento preferencial, en los términos de la ley, a la empresa brasileña de capital nacional”.

solo podían ser delegados a empresas bajo el control accionario del Estado. Lo mismo paso en relación con los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, en los que la Enmienda Constitucional núm. 8, también de 15 de agosto de 1995, modificó el texto de los incisos XI y XII del artículo 21, que sólo admitían concesión a empresa estatal. En el área del petróleo, la Enmienda Constitucional núm. 9 rompió también el monopolio estatal permitiendo al Estado contratar con empresas privadas, lo que estaba prohibido por el art. 177.1.

Y, la tercera transformación económica de relevo, llamada “proceso de privatización”, se llevó a cabo sin modificación constitucional, sino a través principalmente de las Leyes 8.031 de 12 de abril de 1990, que instituyó el “Programa Nacional de desestatalización”, después sustituida por la Ley 9.491 de 9 de octubre de 1997. Este programa supuso la venta al sector privado de entidades estatales, tanto las que realizaban actividades económicas como las que prestaban servicios públicos, así como la concesión administrativa de servicios públicos a empresas privadas. En el plano federal fueron privatizadas empresas del sector petroquímico, siderúrgico, metalúrgico, de fertilizantes, de telecomunicaciones, etc.<sup>36</sup>.

Evidentemente, estos pilares o medidas de transformación económica estructural del país fueron acompañadas de otras reformas constitucionales tendentes de vaciar de contenido los derechos sociales reconocidos por la Constitución de 1988. En el “Informe de la sociedad civil sobre el cumplimiento por parte de Brasil del PIDESC”, realizado en el año 2000 por la Comisión de derechos humanos de la Cámara de diputados de este país, se pone de manifiesto como durante la década de los 90 se llevó a cabo, por vía de enmiendas constitucionales aprobadas mediante el procedimiento legislativo establecido en el artículo 60, un proceso regresivo o de (des)constitucionalización de gran parte del contenido de los derechos sociales. Para poner sólo un ejemplo de las decenas que hay, la Enmienda Constitucional núm. 20 de 15 de diciembre de 1998, reformó la seguridad social suponiendo la implementación de la estrategia mercantilista al gobierno en el área de la seguridad social, así como la supresión del carácter universal y humanitario de la seguridad so-

---

<sup>36</sup> L. R. BARROSO. “Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para voce também?)”. En VV.AA. *O direito público en tempos de crise*. Ob. cit. pp. 199-203.

cial, dificultando la concesión de beneficios o eliminando su función social. Algunas de las medidas que esta enmienda constitucional implementó fueron: restricciones al gozo de beneficios asistenciales a discapacitados físicos y personas mayores necesitadas, mediante la fijación de criterios rigurosos para la concesión de beneficios; anulación de beneficios bajo alegación de fraude; imposición de obligaciones tales como la realización de estudios periciales, realizados exclusivamente por el INSS, obligando a personas discapacitadas a desplazamientos en condiciones precarias a otras localidades donde poder hacerse estos estudios periciales; etc.<sup>37</sup>.

### **b) La concepción amplia del concepto “ley” usado en el artículo 5.XXXV**

En contraposición a la concepción restrictiva señalada y en base a la cual se llevaron a cabo las transformaciones citadas, hay otros autores que argumentan el carácter totalmente anticonstitucional de todas las enmiendas constitucionales que se han realizado durante los últimos años en detrimento de los derechos sociales adquiridos. Estas enmiendas son inconstitucionales, afirman, tanto si se parte de una interpretación restrictiva del concepto “ley” usado en el artículo 5.XXXV, como si se parte de una interpretación amplia del mismo, como ellos creen debería partirse<sup>38</sup>.

En el supuesto de que pudiera aceptarse que el concepto “ley” del artículo 5 no abarca las enmiendas constitucionales sino sólo a la legislación infraconstitucional, ello significa que el constituyente derivado puede eliminar derechos adquiridos por las personas en el pasado, sin embargo, afirman, ello no significa que tales actos del poder constituyente derivado sean inmunes a ningún tipo de control, pues siempre será posible verificar si los otros principios constitucionales condicionantes del poder de reforma son cumplidos. Entre estos otros principios se encuentra el principio de seguridad jurídica, derivado de la propia definición del Estado como “Estado de dere-

---

<sup>37</sup> Ver: CÁMARA DOS DIPUTADOS. COMISSAO DE DIREITOS HUMANOS. *O Brasil e o pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Informe de la Sociedad Civil sobre el cumplimiento por Brasil del PIDESC*. Brasília, 2000.

<sup>38</sup> Ver: D. SARMIENTO. *Livres e iguais: Estudos de direito constitucional*. Lumen Juris. Río de Janiero, 2006, pp. 24-30.

cho”, en el artículo 1, o de otras disposiciones constitucionales como, entre otras, el artículo 5.XXXVIII (“no hay delito sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa conminación legal”), y del cual se deriva la prohibición de regresividad de derechos adquiridos, así como la obligación de respeto del núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales. El principio de seguridad jurídica puede ser tomado, según D. Sarmiento, como parámetro material para determinar la validez o no de las enmiendas constitucionales. No se trata, dice, de una lógica de todo o nada, para negar una enmienda constitucional por vulnerar el principio de seguridad jurídica será necesario demostrar que no se trata sólo de un atentado grave contra el núcleo esencial de este principio sino también una argumentación que demuestre como la restricción en cuestión está racionalmente justificada por una necesidad impostergable de protección o promoción de algún otro interés constitucional igualmente digno de tutela<sup>39</sup>. En consecuencia, el carácter inconstitucional de muchas enmiendas constitucionales se derivaría de su vulneración del principio de seguridad jurídica, no del artículo 5.XXXV.

Y, en el otro supuesto, de considerar que el constituyente derivado se encuentra también dentro del límite de prohibición de perjudicar derechos adquiridos, parecería lógica la inconstitucionalidad de gran parte de las enmiendas constitucionales adoptadas. La doctrina dominante en el país<sup>40</sup> entiende que la restricción señalada en la Constitución (“La ley no perjudicará los derechos adquiridos”) abarca también, en sentido general, al constituyente reformador. De acuerdo con esta corriente mayoritaria, esto sería así porque un derecho adquirido, sea civil, político o social, configura un derecho individual,

---

<sup>39</sup> Ibid. p. 28.

<sup>40</sup> Ver: J. A. da SILVA. “Reforma constitucional e direito adquirido”. En *Poder Constituinte e Poder Popular*. Ob. cit. pp. 221-333; C. MÁRIO VELLOSO. *Temas de direito público*. Ob. cit. pp. 457-474; L. ROBERTO BARROSO. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Ob. cit. p. 56; C. AYRES BRITO y W. PONTES FILHO. “Direito adquirido contra emenda constitucional”. Ob. cit. pp. 75-90; L. PINTO FERREIRA. “As emendas à Constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido”. Ob. cit. pp. 203-224; R. MACHADO. “Constituição e direito adquirido”. Ob. cit. p. 860; E. da SILVA. “A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro”. Ob. cit. pp. 1228-242; C. TOLEDO. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. Ob. cit. pp. 250-268; I. DANTAS. *Direito adquirido, emenda constitucional e controle de constitucionalidade*. Ob. cit.

con lo cual su modificación estaría excluida por el artículo 60.4 que establece una cláusula pétrea, excluyendo cualquier modificación de la Constitución en materia de “derechos individuales”<sup>41</sup>.

En resumen, tanto si entendemos el concepto de “Ley” del artículo 5.XXXV de una manera o de otra, podría argumentarse el carácter inconstitucional de las enmiendas constitucionales regresivas de derechos sociales adoptadas durante las últimas décadas.

#### ***4.1.4. El Supremo Tribunal Federal y el carácter conservador de la jurisdicción constitucional***

A pesar de todos estos argumentos, las enmiendas constitucionales de carácter neoliberal han tenido plena vigencia en el país. Posiblemente lo único que habría podido pararlas hubiera sido una actitud comprometida y progresista del Supremo Tribunal Federal que, evidentemente, nunca se dio. Oportunidades no le han faltado, desde que entró en vigor la Constitución de 1988 hasta el 2006 se habían interpuesto 3.014 acciones directas de inconstitucionalidad contra leyes federales y estatales, esto es, alrededor de unas 200 por año, el 26% del total de las cuales fueron interpuestas por confederaciones sindicales nacionales<sup>42</sup>. Durante los gobiernos de Collor de Mello, Itamar Franco y Fernando Henrique Cardoso, el Partido de los Trabajadores, principal partido de la oposición, interpuso 150

---

<sup>41</sup> Art. 60: “La Constitución podrá ser enmendada mediante propuesta: I. De un tercio, al menos, de los miembros de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal; II. Del Presidente de la República; III. De más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose cada una de ellas por mayoría relativa de sus miembros. (...)”.

La propuesta será discutida y votada en cada Cámara del Congreso Nacional dos veces, considerándose aprobada si obtuviera en ambas tres quintos de los votos de los respectivos miembros. (...).

No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: I. La forma federal del Estado; II. El voto directo, secreto, universal y periódico; III. La separación de los poderes; IV. Los derechos y garantías individuales; (...)”.

<sup>42</sup> R. B. ARANTES. “Constitutionalism, the expansion of justice and the judicialization of politics in Brazil”. En R. SIEDER, L. SCHJOLDER y A. ANGEL (eds.). *The judicialization of politics in Latin America*. Palgrave Macmillan. Nuevo York, 2005, p. 239.

acciones directas de inconstitucionalidad<sup>43</sup>. En resumen, nada tiene que ver, como veremos, el STF de Brasil con la Corte Constitucional colombiana que analizaremos a continuación, quien se ha caracterizado, desde su creación, por la defensa y protección de las clases sociales más débiles.

La Constitución de 1988 fortaleció las competencias del Supremo Tribunal Federal en materia constitucional, otorgándole como establece el artículo 102 del texto constitucional, la función de garantía de la Constitución. Sin embargo, el desempeño de la jurisdicción constitucional por el STF ha estado marcado por un carácter claramente conservador, sin que en ningún momento se hayan aprovechado todas las posibilidades técnicas que el texto ofrece para la eficacia de los derechos sociales en el país, más bien al contrario.

El constituyente de 1988 tomó, sin mayor debate, la decisión de mantener como magistrados del STF todos los magistrados que habían sido nombrados por los gobiernos anteriores, esto es, por los gobiernos militares. Estos magistrados, sin ningún tipo de compromiso político con la transformación institucional que estaba viviendo el país, reeditaron durante los 90 gran parte de la jurisprudencia anterior, lo que dio lugar a la llamada interpretación retrospectiva, a través de la cual se intentará interpretar un texto nuevo de manera que no innove nada sino, al revés, que parezca tan parecido como sea posible con el antiguo.

El cargo de magistrado del Supremo Tribunal Federal en Brasil no tiene duración fijada, a menos que el propio ministro renuncie estará en el cargo hasta su jubilación, es decir hasta cumplidos los 70 años. En la actualidad ya no queda ningún ministro nombrado con anterioridad a la Constitución de 1988, de los que hay hoy en día 2 fueron nombrados por el Presidente José Sarney en 1989, 1 por Fernando Collor en 1990, 1 por Fernando Henrique Cardoso en el 2000 y 7 por Luís Inácio Lula da Silva en 2002, 2003, 2004 y 2006.

Aunque a primera vista, esta nueva composición del Tribunal conformado mayoritariamente por ministros nombrados por un presidente progresista, pudiera generar esperanzas desde el punto de vista de la protección y justiciabilidad de los derechos sociales, de acuerdo con la tradición brasileña, recogida en el artículo 84.XIV

---

<sup>43</sup> Ibid. p. 243.

de la actual Constitución, los magistrados del STF son propuestos y nombrados por el Presidente de la República, después de la aprobación por mayoría absoluta de votos del Senado Federal, sin embargo, este último siempre ha aceptado, en Brasil, de manera acrítica la propuesta de magistrados del Presidente, limitándose a votarlos. La deuda de favor que los ministros tienen hacia el Presidente que los ha nombrado ha mermado históricamente la independencia del Supremo Tribunal Federal, que difícilmente nunca va a declarar la inconstitucionalidad de un proyecto de ley o de enmienda constitucional proveniente del Ejecutivo, ni a adoptar decisiones que sobre la base de exigir el cumplimiento de derechos sociales impliquen una intervención del Tribunal en las políticas económicas del Estado, como sí pasa en Colombia, como veremos.

A esta falta de independencia del Tribunal, se suma como causante de la ineficacia del STF en la protección de los derechos sociales, el número increíblemente amplio de atribuciones que no están relacionadas estrictamente con la interpretación de la carta, en tal variedad se incluyen competencias en temas de extradición (art. 102.g), homologación de sentencias extranjeras (art. 102. h), etc., lo cual congestiona el trabajo del tribunal<sup>44</sup>.

## **4.2. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO**

### ***4.2.1. La Constitución de 1991 y la incorporación de los derechos sociales como derechos constitucionales***

Con anterioridad a la Constitución de 1991, el reconocimiento constitucional de los derechos sociales era casi inexistente en Colombia. La Constitución de 1886 tenía una corta declaración de derechos, que casi no incluía ningún derecho social y económico como una regla legal con fuerza normativa.

---

<sup>44</sup> L. R. BARROSO. “Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para voce também?)”. Ob. cit. pp. 203-205.



Además, la Corte Suprema de Justicia, que antes de que la Constitución del 91 creara la Corte Constitucional, era la encargada de ejercer el control de constitucionalidad, entendía que su función debía consistir más en la resolución de conflictos entre las instituciones del Estado, que en la justiciabilidad de los derechos, especialmente de los derechos sociales.

Por tanto, fue la Constitución de 1991, vigente en la actualidad, la que constitucionalizó en Colombia los derechos sociales y la que rompía con la vieja idea, en el país, de que los derechos sociales no pueden aparecer en las constituciones.

El articulado de la actual Constitución referido a los derechos proviene del proyecto de consenso de la comisión primera de la Asamblea Constituyente de 1991, titulado: “Proyecto de una nueva Carta de derechos, deberes, garantías y libertades”. La Carta de derechos se convirtió ya desde los inicios de su discusión en el principal centro de atención del nuevo texto constitucional. En un país con elevados niveles de violencia y pobreza, una de las primeras expectativas que la gente de la calle tenía con respeto a la nueva Constitución era la protección de los derechos. Y, de hecho, la importancia que la Carta de derechos ha acabado teniendo ha sido destacada por muchísimos autores, llegando a ser considerada como el centro axiológico de la Constitución, ello significa que debe leerse como el núcleo criteriológico de interpretación y aplicación de la Constitución. Así lo pone de manifiesto el preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 86 y 94<sup>45</sup>. El nudo normativo formado por estas seis reglas, señalan los citados autores, muestra como la Carta de derechos no es sólo un listado de derechos,

---

<sup>45</sup> El preámbulo es el artículo 0 o la norma fundamental de la norma fundamental, toda vez que recoge los postulados filosóficos que informan el régimen político y lo sujetan a derecho en una perspectiva “democrática” moderna. El artículo 1 define Colombia como un Estado social de derecho. El artículo 2 enuncia los fines del Estado y la doble misión de las autoridades. El artículo 5 establece la primacía de los derechos humanos. El artículo 86 crea la acción de tutela de los derechos fundamentales. Y el artículo 94 dispone la aplicación analógica o extensiva de las normas sobre derechos y garantías de las personas. (H. VALENCIA VILLA. “Los Derechos humanos en la Constitución del 91”. En J. Dugas (comp.). *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?* Universidad de Los Andes. Bogotá, 1993, p. 212).

sino también un conjunto de criterios para interpretar y aplicar el resto del articulado constitucional<sup>46</sup>.

Utilizando el tan criticado criterio histórico de clasificación de los derechos en generaciones<sup>47</sup> establecido por K. Vasak en 1979, podemos decir que el texto constitucional recoge las llamadas tres generaciones de derechos. La primera generación de derechos individuales, civiles y políticos, que se encuentran en el Capítulo I, del artículo 11 al 41. La segunda generación de derechos sociales, económicos y culturales, en el Capítulo II, del artículo 42 al 77. Y, la tercera generación de derechos colectivos, que aparece en el capítulo III, del artículo 78 al 82. Adicionalmente, se incluyen los mecanismos de protección y aplicación de los derechos en el Capítulo IV, del artículo 83 a 94, y los deberes y obligaciones de los y las colombianas y habitantes del territorio en el Capítulo V o artículo 95.

En consecuencia, la Constitución de 1991 constitucionaliza los derechos sociales. Ahora bien, veremos a continuación el alcance y extensión que el texto constitucional otorga a estos derechos. Ello nos permitirá ver como en el caso de la Constitución colombiana, hay reconocimiento pero no justiciabilidad de los derechos sociales, al menos por vía constitucional.

#### ***4.2.2. La contraposición de la definición del Estado como “Estado Social de Derecho” con las políticas económicas y el tratamiento constitucional de los derechos sociales***

El artículo 1 de la Constitución define al Estado como “social 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 colombiano, la naturaleza social del Estado se transversaliza a lo largo del texto. Veamos algunos ejemplos:

---

<sup>46</sup> Ibid. p.213.

<sup>47</sup> Para una crítica a la tesis de las generaciones de derechos, ver: G. PISARELLO. *Los derechos sociales y sus garantías*. Ob. cit., pp. 19-37.

De acuerdo con los artículos 298 y 311, la división territorial que se ha previsto en la Constitución tiene como fin el de facilitar el “*desarrollo económico y social*” del respectivo territorio.

El artículo 306 establece que el objetivo principal de las regiones<sup>48</sup> es el “*desarrollo económico y social*” del respectivo territorio.

El artículo 333 afirma que la ley limitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el “*interés social*”, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

El artículo 336 prohíbe el establecimiento de ningún monopolio a excepción de que sea con arbitrio rentístico, con una finalidad de “*interés público o social*” y en virtud de la ley.

El artículo 357 afirma que los municipios participarán en los ingresos corrientes de la Nación y que la ley deberá definir el porcentaje mínimo que habrá de gastarse en “*inversión social*”, así como las prioridades.

El artículo 365 establece que los servicios públicos son inherentes a la “*finalidad social*” del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

El artículo 366 dice que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son “*finalidades sociales*” del Estado. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el “*gasto público social*” tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

---

<sup>48</sup> La región se constitucionalizó en la Constitución de 1991 como un proceso de transición. En ese momento se había previsto una gradualidad en la formación de las regiones, que implicaba recorrer tres fases: inicialmente operarían los denominados CORPES, introducidos en Colombia por la Ley de 1985. En un segundo momento se había previsto la creación de las denominadas “Regiones Administrativas y de Planificación” (RAP), que son propiamente las entidades reguladas en este artículo 306. Aquí las regiones tendrían ya personería jurídica y su misión deberá ser procurar el desarrollo regional. Y, finalmente, un tercer y último estadio, ya cumplido hoy en día, es la conversión de las regiones en “entidad territorial”, procedimiento previsto en el siguiente artículo de la Constitución, el 307 (N. RAÚL CORREA. “De la organización territorial”. En *Constitución de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas*. Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá, 1996, p. 106).

El artículo 368 otorga la posibilidad a la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas, de conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

En consecuencia, como puede observarse a primera vista, lo social y el interés general parecen sustentar toda la construcción constitucional, puesto que no sólo son principios fundamentales, sino que, en última instancia, aparecen como la finalidad de todas las instituciones del Poder público central y descentralizado creadas en la Constitución<sup>49</sup>.

Sin embargo, estas previsiones sociales nunca se han desarrollado plenamente en la práctica en Colombia, las causas de ello podemos ubicarlas en la contradicción existente entre la definición del Estado como “social”, por un lado, y las políticas económicas neoliberales desarrolladas, especialmente a partir de 1994, y el tratamiento constitucional degradado de los derechos sociales, por otro lado. ¿Puede desarrollarse un Estado social sin políticas públicas ni protección de los derechos sociales?

En el primer capítulo decíamos que el acceso a los derechos sociales requiere de tres elementos: protección jurídica y justiciabilidad de los derechos sociales, políticas sociales y la inexistencia de grupos en situación de vulnerabilidad con dificultades económicas, intelectuales, socio-culturales, de información, etc. que les imposibiliten reclamar sus derechos. Ninguno de estos elementos se da en Colombia.

En cuanto a la primera causa de la contradicción, las políticas económicas neoliberales, muchos de los actores políticos de izquierdas presentes en la Asamblea Constituyente del 91<sup>50</sup>, fueron debi-

---

<sup>49</sup> A. TORO LOPERA. *Principios Fundamentales de la Constitución de Colombia de 1991*. LUPA. Medellín, 1993, pp. 92-93.

<sup>50</sup> La Asamblea Constituyente colombiana estaba formada por 70 asambleístas de los cuales 19 eran de Alianza Democrática-Movimiento 19 de abril (AD-M19), partido político surgido del grupo guerrillero M-19 después del proceso de paz, 2 provenían de Unión Patriótica, partido de izquierda cuyos líderes fueron posteriormente asesinados por los grupos paramilitares, 2 representaban a estudiantes, 2 a comunidades indígenas, y otros 2 a cristianos no-católicos. Por tanto, más del 40% de los asambleístas no pertenecían

litándose en los años siguientes y la mayoría desaparecieron de la escena política. Como resultado, las fuerzas conservadoras que han dominado el Congreso y la escena electoral desde 1992, han mostrado objeciones permanentes en desarrollar el modelo de Estado social previsto en la Constitución. Al contrario, las políticas económicas del gobierno colombiano desde esa fecha han sido claramente neoliberales, basadas en políticas neoliberales y de privatización de empresas públicas, y por tanto, opuestas a las pretensiones constitucionales de redistribución del bienestar. Estas políticas implican una clara vulneración de los derechos sociales de los ciudadanos. Si bien como individuo alguien puede vulnerar mi derecho a la libertad de expresión, haciéndome callar, interrumpiéndome cada vez que hablo o pegándome cuando expreso mis opiniones, como Estado este vulnera mi derecho a la libertad de expresión legislando leyes que establezcan censura. Lo mismo con los derechos sociales, la aprobación de leyes liberalizadoras y de privatización supone una vulneración de los derechos sociales.

Y, ¿cómo es posible que el Estado pueda vulnerar los derechos sociales sin que sus normas sean declaradas inconstitucionales?, pues su explicación está estrechamente relacionada con la segunda causa de la contradicción a la que hacía referencia, el tratamiento constitucional degradado de los derechos sociales. Dedicaré a ello los siguientes puntos.

### ***4.2.3. El tratamiento constitucional degradado de los derechos sociales***

En primer lugar hay que mencionar que aunque la Constitución colombiana de 1991 incorpora todos los derechos sociales clásicos, el tratamiento que de ellos hace queda todavía muy lejos del tratamiento que de los mismos harán las próximas constituciones en Ecuador, Venezuela y Bolivia. En materia de salud por ejemplo, una vez anunciada la universalidad de este servicio, el texto constitucional colombiano relativiza el mismo mencionando la posibilidad de “términos” para acceder a dicho servicio (art. 49. “La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitan-

---

a los partidos liberales y conservadores. (Ver: J. BUENAHORA. *El proceso constituyente*. Tercer Mundo. Bogotá. 1992).

tes será gratuita”), e incluso menciona la posibilidad de situaciones de no cobertura (art. 50. “Todo niño de menos de un año que no este cubierto por algún tipo de protección o seguridad social...”). O, en materia de seguridad social, si bien la Constitución generaliza el sistema de seguridad social, lo hace de manera limitada ya que introduce también una libre habilitación legislativa, la cláusula de progresividad (art. 57. “La protección del seguro general obligatorio se extenderá progresivamente”) y no concreta las variedades provisionarias. No obstante, estas no son las principales cuestiones a la hora de hablar de un tratamiento constitucional degradado de los derechos sociales en Colombia, sino otras como las que señalaré a continuación.

Dentro de su Título II “De los derechos, las garantías y los deberes”, la Constitución colombiana 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”. Esta diferencia es importante, por dos cuestiones:

1. En primer lugar porque denota un posicionamiento ideológico claramente neoliberal 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-fundamentales, la Constitución colombiana 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-igual-

dad<sup>51</sup>, pero sin constituir, en ningún momento, un aspecto problemático para los primeros.

2. Y, en segundo lugar, porque derivado de la calificación de los derechos individuales como derechos fundamentales y de los derechos sociales como no fundamentales, 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 inversa<sup>52</sup>. En los ordenamientos jurídicos actuales, el solo reconocimiento de unos derechos como fundamental 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.

### **a) La aplicabilidad directa de los derechos**

Como señaló la Corte Constitucional (Sentencia T-402/92, MP. Eduardo Cifuentes y Sentencia T-294/94, MP. Alejandro Martínez, entre otras), la aplicabilidad directa de los derechos implica que estos sean directamente exigibles por vía judicial por parte de los interesados en casos concretos, independientemente de si existe o no legislación que los desarrolle. Su objetivo es evitar el llamado fenómeno de la “legislación negativa”, esto es, que la falta de desarrollo legislativo de un derecho impida su aplicación. Todo derecho directamente aplicable puede, aunque no haya sido desarrollado legislativamente, ejercerse contra el Estado o particulares solicitándoles que cumplan su obligación de respetarlo, protegerlo o hacerlo efectivo. La exigencia de respeto puede tener lugar cuando a raíz de una acción positiva del Estado o un particular, ya sea una actuación normativa o una actuación de hecho, el derecho en cuestión es vulnerado. Y, la exigencia de protección y efectividad puede tener lugar ante omisiones del Estado o los particulares, solicitándoles que cumplan su obligación de adoptar medidas para hacer efectivo el derecho.

En el caso de la Constitución colombiana, el artículo 85 establece la aplicación inmediata de los derechos consagrados en los artículos

---

<sup>51</sup> U. CERRONI. *Marx y el derecho moderno*. Jorge Álvarez. Buenos Aires, 1965, pp. 170-173.

<sup>52</sup> G. PISARELLO. *Los derechos sociales y sus garantías*. Ob. cit. p. 81.

11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40, esto es casi todos los del Capítulo I de la carta de derechos, es decir, los derechos fundamentales<sup>53</sup>, quedando excluidos de este principio los derechos sociales ubicados en el Capítulo II. A diferencia de los derechos fundamentales o de aplicación directa, los derechos sociales son en la Constitución colombiana, derechos de libre configuración legislativa, esto es, que su realización depende de lo que el legislador de turno decida hacer o no hacer con ellos, sin que puedan imponérsele mayores límites o vínculos al respecto.

Además, a parte de las citadas consecuencias derivadas del carácter de aplicación inmediata de un derecho, como elementos auxiliares el principio de aplicación inmediata tiene también otros efectos en la práctica jurisprudencial. En algunos casos, la concurrencia del carácter de aplicación inmediata ha fortalecido las razones por las cuales se ha tutelado un derecho<sup>54</sup>. También la condición de derechos de aplicación inmediata ha dado mayor sustento a la afirmación de la obligación de los particulares de respetar los derechos de los demás<sup>55</sup>.

Por tanto, los derechos sociales y colectivos se configuran en este aspecto como derechos “de segunda” en relación a la mayoría de derechos civiles y políticos.

## **b) Las garantías jurisdiccionales**

En cuanto a los mecanismos de protección de los derechos que la Constitución establece, encontramos los llamados mecanismos específicos, que son los recursos concretos que permiten a los particulares, en tanto titulares de los derechos, oponerse a la arbitrariedad o pasividad de las autoridades y promover el reconocimiento y la efectividad de las garantías ciudadanas, sin dilaciones y sin intermedia-

---

<sup>53</sup> Tan sólo unos pocos derechos fundamentales (los recogidos en los artículos 22, 25, 32, 35, 36, 38, 39, 41) no son de aplicación inmediata, mientras que todos los derechos de aplicación inmediata son derechos de carácter fundamental.

<sup>54</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-533/93, MP. Eduardo Cifuentes y T-174/94, MP. Alejandro Martínez.

<sup>55</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-587/92, MP. Ciro Angarita.



rios<sup>56</sup>. Los dispositivos de protección específicos son cuatro: la acción de tutela (art. 86), la acción de cumplimiento (art. 87), las acciones colectivas (art. 88) y la acción de inconstitucionalidad (art. 241 y 242). Veremos a continuación, como en la Constitución colombiana los derechos civiles y políticos son derechos de protección fortalecida y los derechos sociales, derechos de protección debilitada.

### *i) La acción de tutela*

La acción de tutela, reconocida en el artículo 86 de la Constitución y desarrollada por el Decreto Ley 2591 de 1991<sup>57</sup> y el Decreto Reglamentario 306 de 1992, que precisa el Decreto Ley, es la acción principal de protección de los derechos en Colombia<sup>58</sup>. Esta acción

---

<sup>56</sup> Conjuntamente con los denominados mecanismos específicos están también los llamados mecanismos generales, que son aquellas instituciones o disposiciones que amplían el campo de las libertades o que apoyan su ejercicio de modo indirecto o mediato, a través de la participación o de la vigilancia de la comunidad o de algunas instancias de control. Estos mecanismos son concretamente seis: la consagración constitucional de los derechos, la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos (art. 93), la aplicación absoluta del derecho internacional humanitario en los estados de excepción (art. 212-215), los organismos de control con funciones en materia de derechos (la Procuraduría General de la Nación —art. 275-280— y la defensoría del Pueblo —art. 281-283—), el sistema de control constitucional (art. 239-245) y los mecanismos de participación popular del artículo 103. (H. VALENCIA VILLA. “Los Derechos humanos en la Constitución del 91”. Ob. cit. p. 216).

<sup>57</sup> Este Decreto fue expedido por el Presidente César Gaviria en ejercicio de las facultades transitorias que para el efecto le confirió la Asamblea Constituyente con el fin de agilizar el desarrollo de la Constitución en materia de control constitucional. Su modificación requiere una ley estatutaria (art. 152 Constitución).

<sup>58</sup> La acción de tutela es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales, con lo cual sólo opera cuando no exista otra acción judicial mediante la cual proteger el derecho en peligro o afectado. Sin embargo, la acción de tutela puede, también presentarse de manera directa, y no subsidiaria, cuando se busque evitar un perjuicio irremediable. Esta se interpone ante el juez de primera instancia, la decisión del cual puede ser impugnada. En todos los casos el fallo de la segunda instancia del superior jerárquico respectivo debe ser enviado a la Corte Constitucional para su revisión eventual. La revisión no es propiamente un recurso ni está orientada a corregir las equivocaciones que se hayan podido cometer en el trámite del

permite que la Corte Constitucional a través de sus atribuciones constitucionales de revisión tenga la facultad de tutela de derechos fundamentales, cuando por actos u omisiones de las autoridades públicas, incluidas las autoridades judiciales<sup>59</sup>, o de los particulares que cumplan funciones públicas<sup>60</sup> se atente contra los mismos. La

---

caso, ni ella entraña el rigor del recurso ordinario de revisión. La revisión eventual tiene más bien una justificación de interés general, puesto que se trata del cumplimiento de la función de guardar la integridad y la supremacía de la Constitución que ella misma le encarga a la Corte.

La Corte Constitucional ha desarrollado los siguientes criterios que orientan la selección de las sentencias con el objeto de ser revisadas: cuando existan dudas sobre el carácter fundamental de un derecho, cuando se trate de la flagrante violación de un derecho no tutelado en la debida forma por los jueces de instancia, cuando se trate de fallos que contraríen la jurisprudencia de la Corte, cuando se hayan cometido notorios errores de derecho por parte de los jueces, cuando se trate de temas de gran impacto público o en los que pueda resultar afectado un número plural de personas, y cuando sea necesaria la labor de interpretación unificadora de la jurisprudencia por parte de la Corte. (C. BOTERO. “Desarrollo de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales”. En *Corte Constitucional: la Corte Constitucional y la guardia de los derechos y deberes fundamentales*. Mimeo. Bogotá, 1995, p. 76).

<sup>59</sup> El artículo 86 de la Constitución no distingue entre tipos de autoridades públicas y el Decreto Ley 2591/91 reguló expresamente la posibilidad de presentar tutela contra sentencias en sus artículos 11, 12 y 40. A pesar de que en 1992 la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de estos artículos del Decreto (Sentencia C-543/92 MP. José Gregorio Hernández Galindo), la propia Corte continua hoy aceptando la procedencia de la tutela contra autos y sentencias, aun ejecutoriadas, cuando la violación del derecho es tan notoria que es razonable concluir que se produjo una “vía de hecho” judicial. La Sentencia T-494/95 (MP. Fabio Morón), la SU-477/97 (MP. Jorge Arango) y la SU-478/97 (MP. Alejandro Martínez Caballero) son ejemplos de tutela en las que se produjo una “vía de hecho judicial”. (M. J. CEPEDA. “La acción de tutela colombiana”. En VV.AA. *La protección constitucional del ciudadano*. Ob. cit. pp. 118-119).

<sup>60</sup> Los casos en que puede interponerse acción de tutela contra particulares fueron concretados en el artículo 42 del Decreto Ley 2591/91, pero la Corte Constitucional consideró que dicho artículo limitaba los alcances de la tutela contra particulares y estableció que partes del mismo eran inconstitucionales (Sentencia C-134/94. MP. Vladimiro Naranjo Mesa). Para un análisis de lo que los fallos de tutela contra las distintas variantes de poder privado (económico, físico, territorial, informativo, informático, educativo, familiar y religioso) han significado desde el punto de vista de construcción de sociedad civil y redistribución de poder social, ver: M. J. CEPEDA. “Democracy,

tutela no sólo es un mecanismo de protección de los derechos sino que ella misma, así como el hábeas corpus y el derecho de petición, ha sido considerada por la jurisprudencia como un derecho fundamental, en cuanto de ella depende la eficacia de los demás derechos fundamentales<sup>61</sup>.

Los rasgos característicos de la tutela son: su accesibilidad, toda persona por sí misma o confiriendo poder a un otra<sup>62</sup>, en cualquier día del año y a toda hora del día<sup>63</sup>, así como en todo lugar<sup>64</sup>, puede hacer uso de la tutela, lo cual hace titulares de la misma no sólo a los ciudadanos sino también a los menores de edad<sup>65</sup> y a los extranjeros<sup>66/67</sup>; su celeridad, debido a su naturaleza de medida cau-

---

State and Society in the 1991 Constitution: the role of the Constitutional Court". En E. POSADA-CARBO (ed.). *Colombia: The politics of Reforming the State*. Macmillan Press. Londres, 1998, pp. 71-97.

<sup>61</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-531 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes.

<sup>62</sup> En la Sentencia T-044/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell) en la que el demandante interpuso la acción en nombre de una anciana de noventa y dos años, la Corte Constitucional aclaró que se requiere que la persona en cuyo nombre se presente la demanda ratifique los actos de quien la interpone.

<sup>63</sup> Decreto 2591 de 1991, arts. 1 y 10.

<sup>64</sup> De esta manera pueden conocer en primera instancia los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar en el que ocurra la violación o la amenaza de un derecho. En caso de que la violación de un derecho se presente en un sitio distinto a aquel en que tiene sede la autoridad pública responsable, el juez competente es el del lugar en el que el peticionario resultó afectado (Decreto 2.591 de 1991, art. 37).

<sup>65</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-341 de 1993, MP. José Gregorio Hernández.

<sup>66</sup> Cuando una persona no pueda hacer uso de la tutela por motivos circunstanciales, entre otros por encontrarse enferma o tratarse de un menor, cualquier persona puede obrar como agente oficioso y presentar la tutela en defensa de derechos ajenos. El Defensor del pueblo y los personeros pueden hacer uso de la tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o esté en situación de desamparo o indefensión, o en nombre de colombianos residentes en el extranjero que sean afectados por la acción o la omisión de una autoridad colombiana (Decreto 2.591 de 1991, arts. 10 y 46 a 51). Cuando se trate de hechos ocurridos en el extranjero cualquier juez del país es competente para conocer de la solicitud de tutela (Corte Constitucional, Sentencia T-596 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes).

<sup>67</sup> La Corte Constitucional ha reiterado que las personas jurídicas sí son titulares de derechos fundamentales, y por ello, pueden solicitar la acción de tutela. Su posición se encuentra en la Sentencia T-142/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell) y la SU-570/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell). En la

telar o preventiva de protección de derechos, con lo cual converge su función de reestablecimiento rápido de los derechos desconocidos, su trámite se caracteriza por ser preferente y sumario, en ningún caso la sentencia de tutela podrá adoptarse después de transcurridos 10 días contados a partir de cuando se presentó la solicitud, y la decisión con que concluye por ser de carácter inmediato; y, su eficacia, la protección inmediata de los derechos que puede derivarse de la tutela se traduce en dos tipos de medidas: una, la posibilidad que tiene el juez de adoptar medidas provisionales desde la presentación de la solicitud de tutela, tales como la suspensión de la aplicación del acto, y en general todo aquello que considere conducente al objetivo de la protección del derecho, y, dos, puede también el juez proceder al restablecimiento inmediato del derecho y a ordenar su tutela, prescindiendo de consideraciones formales y de averiguaciones adicionales, si de las pruebas que posee se puede deducir una grave violación del derecho o que se encuentre ante una amenaza inminente. El plazo máximo para el cumplimiento de la sentencia de tutela no podrá exceder de 48 horas desde su adopción<sup>68</sup>.

Por tanto, no cabe duda, que el procedimiento de tutela ayuda a acercar la administración de justicia a los más desfavorecidos a través de su accesibilidad, rapidez y eficacia. Se trata del procedimiento judicial realmente más accesible para los excluidos del sistema en cuanto es gratuito, informal, rápido y no requiere abogado. Sin embargo, el artículo 86 de la Constitución<sup>69</sup> restringe las causas por las cuales se puede interponer la tutela a la protección de los derechos fundamentales contenidos en el Capítulo I, pero no, en cambio, pa-

---

Sentencia T-566/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell) aclara que un afiliado no puede interponer una acción de tutela en nombre de todo un sindicato, porque la protección de éste recae en el sindicato mismo. Ver también la T-173/93 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

<sup>68</sup> Para un estudio más detallado de la acción de tutela véase: M. BARRETO y L. SARMIENTO. "De los derechos, las garantías y los deberes". En *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas*. Ob. cit. pp. 389-402.

<sup>69</sup> Constitución de Colombia, art. 86: "toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúa a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...)".

ra el caso de la protección ante vulneración o amenaza de vulneración de un derecho social. Las personas no pueden usar la acción de tutela para proteger sus derechos sociales, lo que convierte a estos derechos en derechos sin protección o sin justiciabilidad, frente a los civiles y políticos que se conforman como derechos de protección o justiciabilidad fortalecida. La importancia que un ordenamiento jurídico da a los diferentes grupos de derechos viene determinada por las obligaciones que estos derechos generan para el Estado y los particulares, así como por el tipo de mecanismos de que disponen los ciudadanos para exigir el cumplimiento de tales obligaciones con respecto a sus derechos.

En la práctica luego veremos como la composición progresista de la Corte Constitucional colombiana ha permitido que mediante el uso de la estrategia de recontextualizar la violación de derechos sociales en violaciones de derechos civiles cuya justiciabilidad no está en duda, se haya admitido a trámite la tutela de derechos sociales, pero de lo que se desprende literalmente del texto constitucional ello no sería posible.

Si bien algunos autores no usan la expresión de “no justiciabilidad”, sino que hablan de justiciabilidad “debilitada”, porque efectivamente, como señalan, la justiciabilidad de un derecho no es una cuestión de todo o nada, que se agote en la posibilidad que un órgano jurisdiccional en concreto sancione directamente al órgano remiso o en que otorgue una prestación incondicional a cualquier persona que la solicite, sino que la justiciabilidad de un derecho, sea civil, político o social, admite diversos tipos de intervenciones jurisdiccionales<sup>70</sup>. Y, de hecho, en el caso de la Constitución colombiana, esta fija para los derechos sociales la posibilidad de ser exigidos mediante procedimiento jurisdiccional ordinario (art. 229). También es cierto que el acceso de los pobres a la justicia ordinaria es limitado, primero, porque los procedimientos de justicia ordinaria no están a su alcance, por ser demasiado caros y dispendiosos, y, segundo, porque la pretendida neutralidad del sistema mismo, favorece a los que tienen

---

<sup>70</sup> Véase S. CRAIG y P. MACKLEM. “Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a new South African Constitution”. En *University of Pennsylvania Law Review*. 144/1. 1992, pp. 17 y ss.

recursos al no dar trato preferente a los que no los tienen<sup>71</sup>. Ello hace que muchas veces los derechos sociales sean derechos, no sólo de justiciabilidad debilitada, sino derechos no justiciables<sup>72</sup>.

## ii) *La acción de cumplimiento*

El artículo 87 de la Constitución establece: “Toda persona podrá acudir ante autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

Esta acción, que puede interponerse por todas las personas, incluso los menores, opera frente a la omisión de una ley o acto administrativo por parte de una autoridad que de lugar a la vulneración de un derecho. En ocasiones, las limitaciones en la efectividad de los derechos sociales no derivan sólo de la falta de normas sino de su falta de aplicación, del incumplimiento de la ley. Un ejemplo claro de ello, fue el caso de la acción judicial interpuesta por la señora Gina Calanzo Zapata y otros 120 docentes contra la Secretaria de Educación de la Alcaldía Mayor de Bogotá. A través de la Resolución 1765 de 7 de octubre de 1991, dictada por la Alcaldía Mayor, se efectuó el nombramiento de 246 docentes a cargo del Programa Ciudad Bolívar. El artículo 2 de la Resolución ordenaba al Secretario de Educación posesionar a los referidos docentes una vez hubieran acre-

---

<sup>71</sup> Esto no sucede sólo en los países pobres. El artículo clásico de M. GALANTER. “Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, 9 *Law & Society Review* 95 (1974), describió como esta situación ocurre también en los Estados Unidos, y ha motivado muchos esfuerzos de investigación socio-legal y de activismo reformista. Ver, por ejemplo, la edición de 1999 de *Law & Society Review* donde se recogen una serie de artículos presentados en el simposio de la Universidad de Winsconsin del mismo año llamado: “Do the haves still come out ahead?” y dedicado a este influyente artículo.

<sup>72</sup> Para un estudio más detallado de la acción de tutela en Colombia, ver: M. J. CEPEDA. “La acción de tutela colombiana”. Ob. cit.; O. J. DUENAS. *Control constitucional: análisis de un siglo de jurisprudencia*. Librería del profesional. Bogotá. 1997; O. J. DUENAS. *Acción de tutela: su esencia en la práctica*. Librería del profesional. Bogotá. 1994; N. I. OSUNA. *Tutela y amparo: derechos protegidos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998.

ditado los requisitos establecidos por la ley para acceder al cargo<sup>73</sup>. Sin embargo, una vez acreditados los requisitos, los accionantes solicitaron al Secretario de educación que los posesionara, petición que no fue atendida, decisión contra la cual los docentes interpusieron la acción judicial. La Corte Constitucional ordenó el cumplimiento de la Resolución 1765/91, debido a que su falta de acatamiento había originado la vulneración del derecho al trabajo de los docentes<sup>74</sup>.

No obstante, aunque la acción de cumplimiento podría conformarse como un elemento de especial importancia en la operativización de los derechos sociales, esto no ha sido muchas veces así en la práctica. En primer lugar, esta importancia quedó limitada en Colombia por el hecho de que la acción de cumplimiento no pudo ser usada hasta el segundo semestre de 1997, la acción judicial acabada de mencionar interpuesta por los docentes, caso claro de acción de cumplimiento, tuvo que efectivizarse mediante tutela por falta de reglamentación de la primera<sup>75</sup>. Así como ocurrió con las acciones populares, que veremos en seguida, la acción de cumplimiento fue paralizada durante más de 6 años luego de aprobada la Constitución<sup>76</sup>,

---

<sup>73</sup> Estos requisitos, exigidos por el Decreto 991 de 1974 que es el Estatuto que rige el personal del Distrito, y por el Decreto 2400 de 1968 que establece las normas generales de vinculación al sector oficial, eran: título docente, examen médico practicado por la Caja de Previsión Nacional, antecedentes disciplinarios y constancia de no vinculación como docentes a otros organismos.

<sup>74</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-457/92, MP. Ciro Argarita.

<sup>75</sup> La ausencia de desarrollo legal de la Acción de cumplimiento llevó a tener que buscar medios alternativos para lograr el acatamiento por parte de las autoridades de las leyes y actos administrativos. El medio usado normalmente fue la Acción de tutela. Aunque en algunas ocasiones, la Corte Constitucional manifestó que frente al desconocimiento de disposiciones jurídicas de naturaleza general no es procedente la Acción de tutela (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-321/93, MP. Carlos Gaviria), esto es correcto pero sólo parcialmente, ya que en otras ocasiones, como el caso de la mencionada Sentencia T-457/92, la Corte había manifestado que si se puede demostrar que del incumplimiento de una norma general las autoridades causaron la violación de un derecho fundamental, sí es procedente la tutela. (M. BARRETO y L. SARMIENTO. "De los derechos, las garantías y los deberes". En *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas*. Ob. cit. p. 405).

<sup>76</sup> La Ley 99 de 1993, en sus artículos 77 a 82, creó una acción de cumplimiento operante exclusivamente en asuntos ambientales, aunque nunca tuvo un

provocando que a pesar de considerarla una vía adecuada en casos de su conocimiento, los jueces se abstuvieron de darle trámite aduciendo la falta de desarrollo legal<sup>77</sup>.

Y, en segundo lugar, el artículo 9, párrafo, de la Ley 393 de 1997, define como improcedente la acción de incumplimiento cuando esté relacionada con normas que establezcan gasto, con lo cual la inhabilita para exigir el cumplimiento de aquellos derechos sociales prescricionales<sup>78</sup>. Ante esta norma se han generado en el país, dos tesis distintas: la tesis restrictiva y la tesis garantista.

En primer lugar, la tesis restrictiva afirma que cualquier norma que afecte al presupuesto implica gastos y frente a ella será improcedente la acción de cumplimiento. Esta tesis encuentra argumentos para sustentarse en la Sentencia C-157 de 1998 de la Corte Constitucional. En ejercicio de una acción pública de inconstitucionalidad, un grupo de ciudadanos presentó demandas ante la Corte Constitucional contra varios artículos de la Ley 393 de 1997, entre ellos el artículo 9, párrafo. La sentencia C-157 de 1998 de la Corte declaró válido el párrafo mencionado, usando distintos argumentos: uno, que el juez, en la acción de cumplimiento, no puede ordenar que un gasto no previsto en la ley se incorpore en el presupuesto, de hacerlo quebrantaría las normas constitucionales que consagran un sistema presupuestal y un orden de competencias y procedimientos. Y, dos, que el juez de acción de cumplimiento no puede dar ordenes de ejecución de gastos que estén previamente presupuestados<sup>79</sup>. Estos argumentos han servido para sustentar diversos casos como la Sentencia ACU-097 de diciembre de 1997, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en la cual confirma la sentencia que denegó por improcedente la acción in-

---

uso importante.

<sup>77</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-001/92, MP. Simón Rodríguez y T-321/93, MP. Carlos Gaviria.

<sup>78</sup> En 1993, la Corte Constitucional había manifestado que cuando se trate de hacer cumplir normas que impliquen gasto, la procedibilidad de la acción de incumplimiento estaba condicionada a la existencia de la asignación presupuestal respectiva (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-382/93).

<sup>79</sup> B. LONDOÑO. "Debates en torno a la procedencia de la acción de cumplimiento en los casos referidos a gasto público". En B. LONDOÑO (ed.). *Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2003, pp. 230-231.



terpuesta ante el Tribunal Administrativo de Santander, por Pablo Pedro López, incoada contra el rector de la Universidad Tecnológica de Santander, mediante la cual se solicitaba el pago de sus cesantías parciales reconocidas mediante resolución núm. 02-052 de 14 de abril de 1997. Como argumento, el Consejo de Estado señaló que resultaba evidente que el reconocimiento de unas cesantías parciales implica un gasto para la entidad que tiene a su servicio el trabajador, con lo cual no era procedente la acción de cumplimiento<sup>80</sup>.

En segundo lugar, la tesis garantista encontró su hito en la Sentencia ACU-095 de diciembre de 1997, pues fue el primer fallo que admitió la procedencia de la acción de cumplimiento en temas de gasto público. En esta decisión, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, confirmó la providencia recurrida, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual accedió a la pretensión formulada mediante acción de cumplimiento contra el gobernador del departamento de Sucre para exigirle, a cargo del departamento, el pago del 15% del sobresueldo que sobre la asignación básica tienen derecho a percibir ciertos profesores. Tanto el Consejo de Estado como el tribunal señalaron que la administración no podía pretender, con base al párrafo del artículo 9, eludir el cumplimiento de una obligación impuesta por las normas jurídicas, la cual es un derecho de los maestros de enseñanza preescolar puesto que, aunque se trate de una obligación que implique un gasto, está presupuestada y, al estarlo, se impone a la administración el cumplimiento de la norma legal<sup>81</sup>. Como señaló el Consejo de Estado en la Sentencia ACU-552 de 25 de enero de 1999, abriendo un camino para una posible interpretación de artículo 9 de la Ley 393 de 1997, una vez elaborado un presupuesto o apropiado el gasto no puede usarse la excepción del artículo 9 para la no satisfacción de la “función social” para la cual están concebidos los presupuestos,

---

<sup>80</sup> La tesis de la improcedencia de la acción de cumplimiento contra normas que entrañan la ejecución de gasto público ha sido confirmada por el Consejo de Estado en otras sentencias como: la Sentencia ACU-120 de 1998, ACU-589 de enero de 1999.

<sup>81</sup> Otros ejemplos de sentencia donde se ha admitido la acción de cumplimiento contra normas que entrañan gastos son: la Sentencia ACU-127 de enero de 1998 y ACU-230 de abril de 1998.

de acuerdo con el artículo 366 de la Constitución<sup>82</sup>. A partir de esta última sentencia, en la mayoría de las acciones de cumplimiento interpuestas, se ha seguido esta línea, dando así cierta uniformidad a la jurisprudencia del Consejo de Estado, hasta entonces dispersa y contradictoria<sup>83</sup>.

### *iii) Las Acciones Colectivas: acción popular y acción de grupo*

Como he señalado anteriormente, la Constitución brasileña de 1988, con la inclusión de la acción popular, el mandamiento de seguridad colectiva y la acción civil pública, fue vanguardista en la creación de nuevos instrumentos procesales capaces de superar una de las dificultades para la justiciabilidad de los derechos sociales, la inadecuación de los instrumentos procesales tradicionales, pensados para juicios bilaterales o conflictos entre individuos privados, para tramitar demandas colectivas de derechos sociales o proteger a colectividades con problemas comunes que requieren de un remedio colectivo. En el mismo sentido que la brasileña, la Constitución colombiana de 1991 dio rango constitucional también, en su artículo 88<sup>84</sup>, a las llamadas acciones colectivas. Del artículo 88 surgen los tres pilares básicos de protección de los derechos e intereses colectivos en el país: las acciones populares, las acciones de grupo y la responsabilidad objetiva en materia de derechos colectivos.

Las dos primeras, las acciones populares y las acciones de grupo, a las que me referiré, son desarrolladas por la Ley 472 de 1998.

---

<sup>82</sup> Artículo 366 Constitución de Colombia: “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.

<sup>83</sup> B. LONDOÑO. “Debates en torno a la procedencia de la acción de cumplimiento en los casos referidos a gasto público”. Ob. cit. pp. 230-239.

<sup>84</sup> El artículo 88 de la Constitución colombiana afirma: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella (...)”.

Por medio de las acciones populares, cualquier individuo, persona jurídica, organización popular o cívica, así como aquellos funcionarios públicos que tienen a su cargo la defensa de los derechos e interés públicos (art. 12 de la Ley 472/98), sin necesidad de abogado, puede defender ante los jueces aquellos intereses que le son comunes a una colectividad, obteniendo una pronta y efectiva protección judicial de sus derechos y de la comunidad afectada, más una suma de dinero a título de incentivo, con lo cual se estimula su intervención en la protección del interés colectivo<sup>85</sup>. Por tanto, es una acción para defender derechos de un grupo de personas afectadas por una misma causa<sup>86</sup>. La Ley 472 de 1998, en su artículo 4, concreta la amplia definición que el artículo 88 de la Constitución hace de los casos contra los que las acciones populares pueden actuar como un instrumento preventivo y remedial<sup>87</sup>, señalando muchos relaciona-

---

<sup>85</sup> G. Sarmiento define las acciones populares de la siguiente manera: “son los remedios procesales colectivos frente a los agravios y perjuicios públicos. Mediante estas, cualquier persona perteneciente a un grupo de la comunidad está legitimada procesalmente para defender al grupo afectado por unos hechos o conductas comunes, con lo cual, simultáneamente, protege su propio interés, obteniendo en ciertos casos, el beneficio adicional de la recompensa que, en determinados eventos, otorga la ley”. (G. SARMIENTO. “Las acciones populares y la defensa del medio ambiente”. En *Derecho y medio ambiente*. Cerec-Fecsol. Bogotá, 1992, p. 231).

<sup>86</sup> Las acciones populares existían ya en la legislación colombiana desde la adopción del Código Civil de Bello en 1876 y se encuentran también en el Código Civil vigente, aunque las normas de procedimiento establecidas en el Código Civil para su trámite no son las más adecuadas, ya que están pensadas para dar solución a litigios en los que están en juego derechos de naturaleza individual.

<sup>87</sup> Según la Constitución las acciones populares pueden interponerse no sólo para la protección de derechos colectivos sino que se refieren también a lo que el constituyente denominó “intereses colectivos”, por lo tanto no se necesita que lo amenazado o vulnerado haya sido calificado como derecho. Tampoco exige que los derechos e intereses a los que alude tengan rango constitucional, sino que simplemente tengan arraigo en alguna norma legal.

Además, el artículo no define tampoco de manera específica los derechos y los intereses que está protegiendo, sino que anuncia algunas materias con las que se relacionan los derechos e intereses colectivos como el espacio público y el ambiente, el patrimonio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa y la libre competencia económica, y deja abierta la posibilidad al legislador de poder ampliar estos ámbitos.

dos con la protección de los derechos sociales, como la alteración en la calidad de los alimentos, los productos médicos defectuosos, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, etc.

Las ventajas de estas acciones populares son innumerables, B. Londoño señala tres de principales<sup>88</sup>:

La agilidad y eficacia en los procedimientos al permitir que en un sólo litigio se puedan defender derechos de una multitud de colombianos y, sobre todo, se prevengan las vulneraciones cotidianas que generan tanta violencia.

El fortalecimiento de los grupos humanos al dar vía libre para que los sectores que se encuentran en circunstancias de mayor vulnerabilidad y desventaja económica, se ubiquen en condición de igualdad y puedan enfrentar jurídicamente con viabilidad y posibilidades de éxito a aquellos sectores más poderosos.

Y, el hecho de que en las acciones populares el derecho de defensa no se fundamenta como en los procedimientos judiciales comunes, en una relación de igualdad entre las partes, sino que se parte de una conciencia de la situación de desigualdad que viene dada por las características de quienes vulneran los derechos e intereses colectivos, los grandes poderes económicos, y a la que el juez tiene que poner remedio reestableciendo el equilibrio procesal y manteniéndolo para poder defender el derecho o interés colectivo.

Conjuntamente con la acción popular, tenemos las acciones de grupo. ¿Cuál es la diferencia entre las acciones populares y las acciones de grupo? En el caso de la acción popular la sentencia que resuelve el caso podrá o no exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas a su estado anterior, o el pago de una suma de dinero pero cuyo montó estará destinado a la reparación del perjuicio colectivo ocasionado y no a cada uno de los miembros del grupo afectado. Por el contrario, en el caso de la acción de grupo, un grupo de personas afectadas por una vulneración semejante solicita el pago de una indemnización por perjuicios individuales que

---

<sup>88</sup> B. LONDOÑO. "Algunas reflexiones sobre las acciones populares y de grupo como instrumentos de protección de los derechos colectivos". En B. LONDOÑO (ed.). *Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos*. Ob. cit. pp. 38-39.

se les haya ocasionado. Su finalidad es siempre una compensación monetaria<sup>89</sup>.

#### *iv) La acción de inconstitucionalidad*

Finalmente, los artículos 241 y 242 de la Constitución de Colombia otorgan la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda interponer acción de inconstitucionalidad solicitando la nulidad de aquellas normas legales dictadas por el legislador infraconstitucional que vulneren disposiciones o derechos reconocidos en la Constitución<sup>90</sup>. En Colombia la posibilidad de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional, por medio de acción de inconstitucionalidad, se combina con la facultad de cualquier juez, por medio de la acción de tutela, de desaplicar directamente en el caso concreto una ley que estime inconstitucional, conformándose por tanto un sistema mixto de control de constitucionalidad.

#### ***4.2.4. Reconocimiento de la “fundamentalidad”, “progresividad” y la “eficacia frente a terceros” de los derechos sociales por vía jurisprudencial. La Corte Constitucional colombiana y la protección de los derechos sociales***

Como he expuesto en el capítulo segundo de este trabajo, la noción de derecho fundamental surge a partir de la integración de los elementos moral y derecho.

De acuerdo con lo ya expuesto anteriormente, el querer diseñar a la hora de elaborar un texto constitucional, un modelo de “reconocimiento integral de los derechos fundamentales supone aceptar

---

<sup>89</sup> Ibid. p. 40.

<sup>90</sup> Algunos autores han ubicado, salvando las diferencias, el antecedente de la acción de inconstitucionalidad en Colombia en la “acción ciudadana” de inconstitucionalidad instaurada por la Ley Orgánica de Administración y Régimen Municipal de 22 de junio de 1850 y que podía dirigirse contra las ordenanzas y acuerdos de las cámaras provinciales y cabildos parroquiales, constituyendo por tanto uno de los primeros antecedentes mundiales, aunque muy primitivo todavía, de esta acción previo a la Constitución austriaca de 1920 (Ver: J. BRAGE. *La acción de inconstitucionalidad*. UNAM. México, 2000, pp. 60-61).

una moralidad que incluya los cuatro elementos axiológicos formados en la historia del mundo moderno con aportaciones liberales, democráticas, socialistas y post-materialistas: 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. 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.

Llamaremos textos constitucionales de reconocimiento integral de los derechos fundamentales aquellas constituciones que positivizan como derechos fundamentales los cuatro elementos axiológicos, es decir, que otorgan fundamentalidad a los derechos civiles, políticos, sociales y colectivos, en cambio, llamaremos textos constitucionales de negación parcial de los derechos fundamentales aquellas constituciones que no otorgan fundamentalidad, a pesar de que puedan darles reconocimiento constitucional, a alguno de estos derechos. Un ejemplo de ello, como hemos visto, es la Constitución colombiana de 1991.

Sin embargo, en el caso colombiano nos encontramos con un fenómeno realmente curioso, que es el de que el tercero y el cuarto de los cuatro elementos conformadores de la idea moderna de dignidad humana a los que he hecho referencia, los cuales se encuentran en el fundamento de los derechos sociales y colectivos, no son incorporados al derecho positivo como “derechos fundamentales”, por la Constitución, lo cual denota el carácter marcadamente neoliberal de la misma, sino por la Corte Constitucional a través de un ejercicio de uso alternativo del derecho<sup>91</sup>. Es la Corte Constitucional y no la Constitución la que ha otorgado la fundamentalidad a los derechos

---

<sup>91</sup> A pesar de que el constitucionalismo social y democrático de derecho, mediante sus relevantes expresiones con las constituciones surgidas en Europa durante los años posteriores a 1945, abrió una época de esperanza. Los postulados del Estado social y democrático de derecho, junto con los presupuestos materiales que siempre han sido presentados como referentes del modelo de democracia económica (el mercado de la libre concurrencia) y de democracia política (los partidos políticos como elementos de representación y el parlamento como lugar de formación de la voluntad popular) no tardaron en degradarse. Ello puso en crisis aquellas funciones que se espe-

sociales y, por tanto, la que ha “actuado” y “re-valorizado” derechos “inactuados” o “degradados” por la Constitución. Los fallos T-002, 401, 406 y 426 de 1992 de la Corte Constitucional, acogieron la tesis de que es posible establecer la fundamentalidad de un derecho por vía interpretativa a partir de las circunstancias concretas del caso<sup>92</sup>.

### a) Creación de la Corte Constitucional y “activismo jurisprudencial”

El control constitucional existe en Colombia desde 1910, y era, previamente a la Constitución del 91, ejercido por la Corte Suprema de Justicia. A pesar de que esta Corte nunca lo ejerció de una ma-

---

raba que el Derecho cumpliera en las nuevas sociedades surgidas después de la Segunda Guerra Mundial.

En este contexto, particularmente en Italia, donde la cultura jurídica de izquierdas había demostrado ya antes del fascismo con el “socialismo jurídico” plena vigencia, surgió un movimiento que agrupaba diversos jueces y que se conoció como la “Magistratura democrática”, corriente disidente al interior de la “Associazione Nazionale de Magistrati” y que tuvo su impulso y afirmación en el Congreso de Catania, en mayo de 1972, concluyendo en las formulaciones sobre el “uso alternativo del derecho”.

Esta corriente, partiendo de la premisa de que la actividad interpretativa del juez no es un ejercicio únicamente técnico-mecánico sino que tiene también una fuerte carga ideológica, hizo un llamado a todos los jueces del país a llevar a cabo una función de interpretación alternativa de las normas, es decir a favor siempre de aquellos más desfavorecidos, destinada a crear una jurisprudencia alternativa a la tradicional de la que debía surgir una nueva visión del Derecho. Una visión del Derecho y de la jurisprudencia que, partiendo de la legalidad vigente y de todas las posibilidades técnicas que esta ofreciese, estuviera orientada, no a la defensa del statu quo, sino al servicio de la emancipación de las clases subordinadas.

Si bien en Italia esta concepción nunca paso de la teoría a la práctica, al estudiar en el caso colombiano, la actitud de la Corte Constitucional colombiana en la defensa y justiciabilidad de los derechos sociales, aprovechando por vía de la interpretación todas las posibilidades que le otorga la Constitución del 91, no cuesta mucho darse cuenta de que estamos ante un caso claro de uso alternativo del derecho a favor de los más pobres. (A. NOGUERA. *El derecho en la legitimación del poder. Del constitucionalismo liberal clásico a la crisis del Derecho Constitucional*. Ob. cit. pp. 44-48).

<sup>92</sup> R. ARANGO. “La jurisdicción social de la tutela”. En C. M. MOLINA. *La Corte Constitucional. 10 años, balance y perspectivas*. Ob. cit. p. 112.

nera progresiva, su larga tradición implicó que la cultura política y jurídica colombiana estuviera familiarizada con la revisión constitucional, lo cual permitió que, por ejemplo, las decisiones de la nueva Corte Constitucional, en el marco de su actuación progresista, de anular leyes que vulneraban derechos sociales nunca fueron vistas por nadie como extrañas ni cuestionadas por falta de legitimidad<sup>93</sup>.

Desde su creación en 1991, la Corte Constitucional ha sido siempre un ejemplo de defensa activa de los derechos sociales de las clases más pobres de la sociedad. Ello ha despertado las simpatías de muchos académicos de izquierda y movimientos sociales, y las críticas de los sectores económicos y de gobierno que han, incluso, llegado a protagonizar algún intento de reforma constitucional para eliminar la Corte o vaciarla de funciones. Sin duda, el gran poder que la nueva Constitución dio a la Corte Constitucional le ha facilitado muchísimo su trabajo, los estudios comparados nos demuestran que hay mucho más activismo judicial en países con un modelo concentrado de control de constitucionalidad, que en aquellos otros de control disperso en distintas cortes y jurisdicciones<sup>94</sup>.

El activismo de la Corte Constitucional colombiana, en su ejercicio de revisión o control de constitucionalidad, ha tenido dos facetas:

La primera, una amplia interpretación de sus competencias con respecto a la posibilidad de declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes. A pesar de que la Constitución le otorga a la Corte amplias competencias para anular cualquier acto legal que considere inconstitucional, esta ha interpretado tales competencias de manera muy generosa. De hecho, ha entendido que sus competencias para decidir sobre la constitucionalidad o no de una ley incluían no sólo su poder para mantener la vigencia de una ley declarando su constitucionalidad o bien anularla declarando su inconstitucionalidad, sino además su poder para determinar en algunos casos el único tipo de interpretación que debe darse a un texto

---

<sup>93</sup> 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*. Ob. cit. p. 359.

<sup>94</sup> H. JACOB, et. al. *Courts, Law and Politics in Comparative perspective*. Yale University Press. New Haven, 1996, p. 389.



legal para que este pueda considerarse constitucional<sup>95</sup>. Este último tipo de decisiones han hecho capaz a la Corte Constitucional de excluir o incluir determinadas palabras o incluso frases enteras en un texto legal<sup>96</sup>.

Y, la segunda, una interpretación progresista del texto constitucional, la que ha implicado en muchos casos, una activa intervención de la Corte en las políticas económicas del Estado<sup>97</sup>.

Ejemplos del activismo de la Corte a favor de la protección de los derechos sociales hay muchos, es muy difícil resumir todos los asuntos tratados y la jurisprudencia creada<sup>98</sup>, pero para poner un ejemplo paradigmático, fijémonos en el siguiente caso:

En 1992 la recién inaugurada Corte Constitucional resolvió un caso muy curioso. El demandante fue un anciano de 69 años que no había recibido ni dinero ni respuesta de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), la entidad estatal responsable de pagar su pensión. Había perdido su vivienda por no tener con qué pagarla, y vivía con un hijo que lo mantenía con dificultad. No tenía ningún medio económico para subsistir y requería de una operación urgente para no perder la vista, operación que no podía pagar sin la pensión. La situación no era nada fácil, el derecho a una pensión es un derecho recogido en el artículo 48, incluido en el Capítulo II de los derechos económicos, sociales y culturales, y por tanto, se trata de un derecho no susceptible de acción de tutela que sólo puede ejercerse por vulneración de un derecho fundamental. La vía que le quedaba era la costosa jurisdicción ordinaria a la que el anciano no tenía acceso por falta de recursos.

---

<sup>95</sup> Ver, entre muchas otras: Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-112 de 2000.

<sup>96</sup> R. UPRIMNY YEPES. "Should Courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitutional Court". Ob. cit. pp. 359-360.

<sup>97</sup> La intervención de la Corte Constitucional en asuntos de gasto público ha sido duramente criticada por autores como J. C. Restrepo, antiguo Ministro de hacienda, en "A quien corresponde decretar el gasto público en Colombia: ¿al Congreso nacional o a la Corte constitucional?" (En C. M. MOLINA. *La Corte Constitucional. 10 años, balance y perspectivas*. Ob. cit. pp. 169-212).

<sup>98</sup> Para una visión general del trabajo realizado por la Corte Constitucional ver: M. J. CEPEDA. "Democracy, State and Society in 1991 Constitution: The Role of the Constitutional Court". Ob. cit. p. 91.

Sin embargo, y a pesar de ello, la Corte Constitucional le aceptó la acción de tutela para el caso y resolvió a su favor por considerar que se había violado un derecho fundamental, lo que llamó el “derecho innominado al mínimo vital”. Es un derecho innominado porque no está en la Constitución sino que se desprende de los derechos fundamentales, especialmente del derecho a la vida y a la dignidad.

“La tutela procede en razón de la naturaleza del derecho y no porque esté en la lista de la Constitución —señaló la Corte—<sup>99</sup>. Incluso se acepta que hay derechos fundamentales que no están positivizados (art. 94) y cuyo reconocimiento procede en la realidad de cada caso cuando se afecta a la dignidad humana y la persona se encuentra en situación de indefensión”<sup>100</sup>.

En los años siguientes, la vulneración del “derecho innominado al mínimo vital” ha sido alegada cientos de veces para exigir mediante una acción de tutela el cumplimiento de derechos sociales, y la Corte Constitucional ha resuelto también a favor, invocando al mínimo vital, cientos de casos como la mora en el pago y en el reconocimiento de prestaciones de la seguridad social<sup>101</sup>, la mora en el pago de salarios<sup>102</sup>, el

---

<sup>99</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 1992.

<sup>100</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-801 de 1998 y T-881 de 2002.

<sup>101</sup> Corte Constitucional, Sentencias de mora en el pago de pensiones: T-426 de 1992, T-005 de 1995, T-144 de 1995, T-147 de 1995, T-198 de 1995, T-202 de 1995, T-287 de 1995, T-076 de 1996, T-323 de 1996, T-160 de 1997, T-278 de 1997, T-458 de 1997, T-611 de 1997, SU-022 de 1998, SU-430 de 1998, T-07 de 1998, T-120<sup>a</sup> de 1998, T-143 de 1998, T-297 de 1998, T-330 de 1998, T-553 de 1998, T-559 de 1998, SU-062 de 1999, T-259 de 1999, T-1103 de 2000, T-1205 de 2000, SU-090 de 2000, SU-1354 de 2000, T-001 de 2001, T-019 de 2001, T-124 de 2001, T-398 de 2001, T-400 de 2001, T-405 de 2001, T-433 de 2001, T-444 de 2001, T-203 de 2002, T-1121 de 2002, T-1097 de 2002, T-099 de 2002, T-910 de 2003, T-905 de 2003, T-454 de 2003, T-435 de 2003, T-390 de 2003, T-547 de 2004, T-524 de 2004, T-267 de 2004. Sentencias de no pago de licencia de maternidad: T-270 de 1997, T-576 de 1997, T-662 de 1997, T-139 de 1999, T-205 de 1999, T-210 de 1999, T-558 de 1999, T-365 de 1999, T-1620 de 2000, T-473 de 2001, T-483 de 2001, T-572 de 2001, T-736 de 2001, T-707 de 2002, T-999 de 2003, T-390 de 2004.

<sup>102</sup> Corte Constitucional, Sentencias de mora en el pago de salarios: T-146 de 1996, T-166 de 1997, T-174 de 1997, T-529 de 1997, T-144 de 199, T-502 de 1999, T-679 de 1999, SU-995 de 1999, T-121 de 2001, T-132 de 2001, T-399 de 2001, T-418 de 2001, T-435 de 2001, T-436 de 2001, T-438 de 2001, T-458 de 2001, T-481 de 2001, T-541 de 2001, T-614 de 2001, T-626 de 2001, T-630 de 2001, T-698 de 2001, T-700 de 2001, T-725 de 2001, T-734 de 2001, T-1156

despido de mujer embarazada<sup>103</sup>, la falta de prestación de servicios de salud al trabajador<sup>104</sup> y la exclusión de medicamentos y tratamientos vitales del Plan Obligatorio de Salud<sup>105/106</sup>.

En consecuencia, con todos estos fallos la Corte ha desarrollado una doctrina extensa sobre la justiciabilidad de los derechos sociales cuando se amenaza la supervivencia<sup>107</sup>.

Este citado, se trata de un caso de protección individual de derechos sociales, pero la Corte ha llevado a cabo también, otras formas de protección de estos derechos como la protección de grupos que comparten una situación similar, o la revisión abstracta de la legislación y las políticas económicas.

En cuanto a la protección de grupos que comparten una situación similar, un ejemplo fue el de las personas desplazadas. Fruto del conflicto armado colombiano hay una gran cantidad de personas desplazadas que se ven obligadas a abandonar sus casas e ir a los centros urbanos, en los que no tienen ni vivienda ni recursos con los que subsistir. En este caso, después de haberse presentado diversas acciones individuales de tutela, la Corte decidió declarar la existencia de lo que llamo un “estado de las cosas inconstitucional”<sup>108</sup>, por la

de 2001, T-148 de 2001, T-115 de 2002, T-162 de 2002, T-594 de 2002, T-192 de 2003, T-222 de 2003, T-1023 de 2003, T-1049 de 2003, T-552 de 2004, T-541 de 2004, T-505 de 2004.

<sup>103</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-238 de 1998, T-283 de 1998, T-286 de 1998.

<sup>104</sup> Corte Constitucional, Sentencias SU-562 de 1999, T-497 de 1997.

<sup>105</sup> Algunos casos son el tratamiento del SIDA (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 1998), del cáncer (T-283 de 1998), parálisis cerebral (T-286 de 1998), casos en que necesitan equipos ortopédicos (T-597 de 1993) o intervenciones quirúrgicas (T-571 de 1998).

<sup>106</sup> J. LEMAITRE RIPOLL. “El Coronel sí tiene quien le escriba: la protección judicial del derecho al mínimo vital en Colombia”. En VV.AA. *Derecho y pobreza*. Editores del puerto. Buenos Aires, 2007, pp. 53-54; Ver también: R. ARANGO. Introducción. “Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho fundamental al mínimo vital”. En *Revista Estudios Ocasionales*. Centro de Investigaciones Sociojurídicas. Universidad de Los Andes. Bogotá. 2002.

<sup>107</sup> Ver: J. LEMAITRE y R. ARANGO. *El derecho fundamental al mínimo vital. Sistematización y análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Investigación elaborada por el CIJUS de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Bogotá. Inédito. 2001.

<sup>108</sup> La doctrina del “estado de cosas inconstitucional” es una doctrina desarrollada por la Corte Constitucional en 1997 según la cual el Estado debe

inconsistencia y precariedad de las políticas estatales de protección del desplazamiento forzoso<sup>109</sup>. En esta decisión la Corte ordenó a las autoridades reformular y clarificar sus políticas hacia los desplazados con el objetivo de atender sus necesidades básicas, manteniendo el control para verificar el cumplimiento por parte de los organismos estatales de estas órdenes<sup>110</sup>.

Y, en cuanto a la revisión abstracta de la legislación o las políticas económicas, al proteger derechos sociales a través de la vía de la tutela o ejerciendo su poder de revisión de constitucionalidad de las leyes y declarar a las mismas totalmente o parcialmente inconstitucionales por violar la Constitución, la Corte ha condicionado muy frecuentemente las políticas económicas del gobierno. Por ejemplo, ha anulado leyes que extendían el impuesto del valor añadido (IVA) a los productos de primera necesidad<sup>111</sup>, ha extendido determinados beneficios de pensión a sectores específicos de la población en aplicación del principio de igualdad<sup>112</sup>, ha ordenado un aumento parcial de los ingresos de los servidores públicos de acuerdo con la inflación<sup>113</sup>, y ha prohibido la modificación de determinadas regulaciones de pensiones para proteger los derechos adquiridos de los trabajadores<sup>114</sup>. Todas estas decisiones han implicado muy importantes costes económicos y presupuestarios<sup>115</sup>.

---

adoptar planes financiados y de largo plazo para superar situaciones estructurales que, por su omisión, han degenerado en un estado de cosas contrario a algunos derechos constitucionales, especialmente sociales. La Corte ha dictado tres sentencias principales basadas en esta tesis. La Sentencia T-559/97 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa) sobre el pago de mesadas pensionales a nivel local, en especial a los maestros; la T-068/98 (MP. Alejandro Martínez Caballero) sobre la ineficiencia estructural de la Caja Nacional de Previsión para cumplir con sus obligaciones pensionales; y, la T-153/98 (MP. Eduardo Cifuentes) sobre las condiciones de indignidad y amenazas a la salud en los centros de reclusión del país.

<sup>109</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004.

<sup>110</sup> R. UPRIMNY YEPES. "Should Courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitutional Court". Ob. cit. pp. 369-370.

<sup>111</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-776 de 2003.

<sup>112</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-409 de 1994.

<sup>113</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1433 de 2000, C-1064 de 2001 y C-1017 de 2003.

<sup>114</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-754 de 2004.

<sup>115</sup> Por ejemplo, la Sentencia C-409 de 2004 ha costado cientos de millones de dólares y mantiene aún hoy en día su coste a una cifra de aproximada-

## **b) El reconocimiento jurisprudencial de la progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**

El principio de progresividad reconocido en materia de derechos sociales principalmente, aunque puede también reconocerse en otros derechos, conlleva dos aspectos: la no regresividad de los derechos ya reconocidos y el reconocimiento de que la satisfacción de los derechos sociales supone una cierta gradualidad.

### *i) La no regresividad de los derechos ya reconocidos*

La nota del artículo 11 de las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el art. 19 del protocolo de San Salvador”, adoptadas por la Asamblea General de la OEA, el 7 de junio de 2005<sup>116</sup>, define la regresividad de la siguiente manera: “por medidas regresivas se entiende todas aquellas disposiciones y políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido”. Por tanto, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que esta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior<sup>117</sup>. Ello constituye, a la vez, una limitación impuesta sobre los poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación “a la baja” de los derechos sociales de los que goza la población, y una garantía para el titular del derecho.

C. Courtis señala dos fundamentos de esta prohibición de regresividad. El primero está ligado a las nociones clásicas del Estado de derecho liberal, nacidas para la protección del derecho de propiedad y de los intereses patrimoniales. Se trata de la “seguridad jurídica” y

---

mente 340 millones de dólares al año. Mientras que la Sentencia C-776 de 2003 redujo los ingresos económicos en aproximadamente 320 millones de dólares. (R. UPRIMNY YEPES. “Should Courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitutional Court”. Ob. cit. pp. 370-371).

<sup>116</sup> Cf. Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-0/05).

<sup>117</sup> C. COURTIS. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”. En C. COURTIS (ed.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Editores del puerto. Buenos Aires, 2006, p. 4.

de la “protección de la confianza”, nociones que es posible reconducir al valor de la previsibilidad. Pues bien, la prohibición de regresividad supone la extensión de este principio al campo de las posiciones creadas por los derechos sociales.

Y, el segundo fundamento tiene que ver con el contenido material del Estado social, que es el de la satisfacción para todo ser humano de ciertas necesidades consideradas básicas en base a la noción de dignidad humana. En este sentido, la prohibición de regresividad actúa como cláusula de control jurídico del cumplimiento, por parte del poder político, del mandato del Estado social<sup>118</sup>.

*ii) El reconocimiento de que la satisfacción de los derechos sociales supone una cierta gradualidad*

La noción de progresividad aparece tanto en el art. 2.1 del PIDESC, así como en el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En los informes nacionales previstos por el Protocolo de San Salvador, semejantes a los establecidos por el sistema mundial, los Estados deben dar cuenta de las medidas progresivas adoptadas “para asegurar el debido respecto de los derechos consagrados en el mismo protocolo”. El art. 5.1 de esta norma define la noción de progresividad del siguiente modo: “a los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social y cultural”. Para ello, el art. 5.2 requiere el empleo de “indicadores de progreso”, que aluden, por un lado “al nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad”, y por el otro lado, al aspecto normativo, es decir, a la recepción constitucional y el desarrollo legal de estos derechos<sup>119</sup>.

Normalmente, a diferencia de los derechos civiles y políticos que son de aseguramiento automático, la noción de “realización progresiva” para los derechos sociales implica reconocer que la realización plena de estos derechos no es algo que se logre de inmediato por el

---

<sup>118</sup> Ibid. pp. 18-20; ver también: V. ABRAMOVICH y C. COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, Madrid, 2002, pp. 92-113.

<sup>119</sup> C. COURTIS. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”. Ob. cit. p. 6.

sólo reconocimiento constitucional. Como decía en el capítulo segundo de este trabajo, el pleno acceso a los derechos sociales depende de varios elementos interrelacionados, de los que su reconocimiento constitucional es sólo uno.

No obstante, el concepto de “realización progresiva” ha sido, muchas veces, malinterpretado. En su Comentario General Núm. 3 (1990), sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados en base al artículo 2.1 del PIDESC<sup>120</sup>, el Comité de Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puso de manifiesto que si bien la “realización progresiva” implica reconocer que la plena realización de los derechos sociales no se hará en seguida, este concepto debe ser visto a la luz de su objetivo general, que es establecer claras obligaciones a los Estados parte para que actúen lo más rápidamente posible en la realización de estos derechos<sup>121</sup>.

Esto se puede entender más fácilmente si miramos el Convenio de los derechos de la niñez, el cual incluye muchos derechos sociales y sus correspondientes obligaciones para los Estados, pero sin embargo no contiene la cláusula de “realización progresiva”. En el marco de este convenio las obligaciones para los Estados son inmediatas, la cláusula que incorpora, sin embargo, es la de “dentro de

---

<sup>120</sup> Artículo 2.1 PIDESC: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

<sup>121</sup> “El hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, o en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo. Se trata, por un lado, de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que representa para todo país el aseguramiento de la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, la frase debe ser leída a la luz del objetivo general, que constituye la *raison d'être* del Pacto, es decir, el establecimiento de obligaciones claras a los Estados parte al respecto de la plena realización”. (Comité DESC. Comentario General Núm. 3. La índole de las obligaciones de los Estados parte (párrafo 1 del artículo 2º del pacto). Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev. (2001), párr. 9).

sus posibilidades” o “hasta el máximo de recursos de que disponga” (art. 4 de la Convención). Esto demuestra que lo que hace especiales a los derechos sociales es sólo la cuestión del acceso a los recursos cuando estos son necesarios, pero no las obligaciones para el Estado, que son tan “inmediatas” como lo son para el caso de los derechos civiles y políticos<sup>122</sup>.

En Colombia, el principio de progresividad o de no regresividad de los derechos sociales no está reconocido en la Constitución colombiana, a diferencia, como veremos en un próximo capítulo, de las nuevas constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, que sí lo reconocen explícitamente. Una vez más, ha sido la Corte Constitucional colombiana la que mediante su jurisprudencia ha reconocido este principio. Fue en 1997 cuando la Corte anunció claramente este principio de progresividad en los siguientes términos: “...el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto”<sup>123</sup>. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional”<sup>124</sup>. Como señala R. Arango, la Corte Constitucional relaciona el principio de progresividad de los derechos sociales con el recorte a la libertad de configuración legislativa en materia de derechos sociales. Alcanzado un determinado nivel de protección, en principio todo retroceso está prohibido. Tal consecuencia se anuncia bajo la forma de una presunción de inconstitucionalidad. Toda medida posiblemente regresiva de los derechos sociales se presume contraria a la Constitución y se somete, por tanto, a estricto control

---

<sup>122</sup> A. EIDE. “Economic, social and cultural rights as human rights”. Ob. cit. p. 36; Sobre la “realización progresiva” de los derechos sociales, ver también: J. ROSSI y V. ABRAMOVICH. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos”. En *Estudios socio-jurídicos*. Núm. 9. Bogotá, 2007, pp. 34-53.

<sup>123</sup> Ver, entre otras: Corte Constitucional, Sentencias: C-251 de 1997 (Fundamento 8), SU-624 de 1999, C-1165 de 2000, y C-1489 de 2000.

<sup>124</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett.



por parte de los jueces constitucionales. Además, la carga de la argumentación para desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad de la medida adoptada recae en la autoridad pública<sup>125</sup>, la cual debe demostrar: a) la existencia de un interés estatal permisible; b) el carácter imperioso de la medida; y, c) la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión<sup>126</sup>.

Un ejemplo de aplicación por parte de la Corte Constitucional de la prohibición de regresividad en derechos sociales lo encontramos en Palmira (Valle del Cauca), donde el municipio, en desarrollo del programa de gobierno presentado por el alcalde elegido por el período 2001-2003, otorgaba un subsidio para la construcción de viviendas. Una mujer fue beneficiada por el subsidio y suscribió un contrato para la construcción de su vivienda. No obstante, por dificultades económicas, el municipio redujo el subsidio inicialmente fijado. La afectada interpuso una acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y la vida digna. La Corte Constitucional le concedió la tutela en base al principio de prohibición de regresividad de derechos sociales y ordenó el pago integral del subsidio<sup>127</sup>, según la Corte, la administración no logró satisfacer la carga argumentativa porque la crisis financiera existía con anterioridad al inicio del proyecto de vivienda y la administración había cometido errores en la planificación y ejecución del proyecto, errores no atribuibles a los beneficiarios del subsidio<sup>128</sup>.

#### ***4.2.5. La protección de los derechos sociales frente a terceros particulares en la Constitución colombiana***

Uno de los elementos novedosos e importantes para la justiciabilidad de los derechos fundamentales que reconoció la Constitución

---

<sup>125</sup> R. ARANGO. "La prohibición de retroceso en Colombia". En C. COURTIS (ed.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Ob. cit. p. 157.

<sup>126</sup> V. ABRAMIVICH y C. COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ob. cit. p. 109.

<sup>127</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1318 de 2005. MP: Humberto Sierra Porto.

<sup>128</sup> R. ARANGO. "La prohibición de retroceso en Colombia". Ob. cit. pp. 157-158.

colombiana fue la posibilidad de interponer acción de tutela por vulneración de derechos, no sólo frente a autoridades del Estado, sino también frente a particulares. De acuerdo con ello, el otorgamiento, por parte de la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia, de “fundamentalidad” a los derechos sociales implicó también la eficacia de los derechos sociales frente a terceros particulares.

En la mayoría de constituciones no aparecen normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa frente a los particulares de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*)<sup>129</sup>, y mucho menos de derechos sociales.

En España, la Constitución guarda silencio<sup>130</sup>, es la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la que dice en su artículo 41.2 que “el amparo sólo protege frente a las violaciones de derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado”. Ello hace surgir un interrogante en el ordenamiento español: ¿cómo se justifica que los derechos acogidos al amparo sólo sean defendibles cuando su violación proceda de actos de los poderes públicos, y no se pueda ejercer esa defensa si la lesión de los mismos bienes jurídicos la realiza un particular?<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> 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.

<sup>130</sup> Autores como J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO (*Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*. Civitas. Madrid, 1986, p. 48) han señalado la falta de un precepto constitucional del que pueda afirmarse que proclama con claridad la eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales.

<sup>131</sup> En oposición a esta afirmación, Prieto Sanchís plantea la cuestión a la inversa señalando que “la Constitución española no ofrece ninguna base conceptual para excluir dicha eficacia con carácter general”. Este autor tampoco cree que el artículo 53.1 CE, al establecer en su primer inciso que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”, esté proscribiendo implícitamente que los derechos fundamentales rijan en las relaciones entre particulares. “Primero, porque es de aplicación la cláusula general del artículo 9.1, y segundo, porque el precepto tiene por objeto regular las fuentes o modos de producción normativa de los derechos fundamentales, por lo que es natural esa referencia exclusiva a los poderes públicos. Además, los derechos fundamentales propiamente no vinculan a los ciudadanos, ya que si bien éstos deben respetar el derecho ajeno, no están llamados a su satisfacción o protección” (L. PRIETO SANCHÍS. *Estudios sobre derechos funda-*

El cimiento histórico-doctrinal que explica esto lo encontramos en la concepción liberal temprana de separación radical entre la sociedad y el Estado, asignando a cada uno de los términos del binomio un estatuto jurídico diferente. De forma que, como correlato de la constitución, concebida como estatuto jurídico del Estado, se proyectó en el ámbito de lo privado el código civil, al que se configuró como el estatuto jurídico más representativo de la sociedad<sup>132</sup>.

Asentada la legislación privada en la trilogía de la generalidad de la ley, la igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad, nada tiene de extraño que fuera a través de la satisfacción y el cumplimiento de estos tres principios, como se pensaba que se podía realizar y garantizar jurídicamente la libertad del hombre. Con razón iusprivatistas notables como Thieme o Wieacker, han hablado del contenido materialmente constitucional de la codificación privada, en la medida en que el código civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres. Los únicos peligros que cabía imaginar para los derechos fundamentales quedaban reducidos a los derivados de las relaciones entre el individuo y el Estado. Se planteó de este modo la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos<sup>133</sup>.

Esta concepción no tiene ningún sentido hoy, la globalización ha supuesto, como nos cuenta J.R. Capella, importantes transformaciones en el campo de poder contemporáneo que ha dado lugar a una bipolarización de las relaciones de poder. Junto al “soberano político-estatal” tradicional existe ahora un “soberano privado supra-estatal

---

*mentales*. Debate. Madrid, 1990, p. 210). Sin embargo, si bien el silencio de la Constitución podría llegarse a interpretar como dice Prieto Sanchís, después de la lectura del artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no queda confusión posible. (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*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. UNAM. México, 2002, pp. 689-690).

<sup>132</sup> Ibid. p. 693.

<sup>133</sup> Ibid.

difuso” con capacidad de determinar las políticas estatales<sup>134</sup>. La aparición en el seno de la sociedad de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su dominio con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, determina un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica poder-libertad<sup>135</sup>.

En Colombia, es el ya mencionado artículo 86 de la Constitución el que trata esta cuestión, remitiendo a la ley la regulación de “los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. No obstante, como podemos observar, la Constitución delimitó expresamente los supuestos de dicha procedencia, con lo cual a diferencia de lo que ocurre frente a los poderes públicos, la vinculación de los particulares a los derechos constitucionales, o al menos la posibilidad de interponer la garantía constitucional específica contra ellos, tiene un carácter excepcional<sup>136</sup>. Este carácter excepcional se convirtió aún más excepcional todavía, con las restricciones a los tres supuestos citados en la Constitución que hizo el Decreto ley 2591 de 1991, encargado de desarrollar legislativamente el artículo 86<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> Ver: J.R. CAPELLA. *Grandes esperanzas*. Trotta, Madrid, 1996; y, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*. Trotta. Madrid. 1997.

<sup>135</sup> Como señaló la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el ya citado caso “Kot” de 1958 (Fallos: 241:291, de 5 de septiembre de 1958): “Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita sostener que la protección de los derechos humanos se circunscriba a los ataques que provengan del Estado solamente. Hay ahora una categoría de sujetos que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos fundamentales”.

<sup>136</sup> A. JULIO ESTRADA. “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano”. En M. CARBONELL. *Derechos fundamentales y Estado*. Ob. cit. p. 270.

<sup>137</sup> En cuanto al primer supuesto, por ejemplo, previsto en la Constitución (art. 86) de posibilidad de interponer tutela contra particulares que presten un servicio público, el artículo 42 del citado Decreto ley, en primer lugar limitó los derechos tutelables (limitación que fue declarada inconstitucional por la Corte mediante la Sentencia C-134 de 1994), y en segundo lugar, sólo contemplaba como destinatarios de la acción de tutela a los particulares

Sin embargo y a pesar de estas restricciones, sorteadas muchas veces por la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>138</sup>, podemos decir que el artículo 86 ha permitido en muchas ocasiones garantizar la eficacia de los derechos sociales frente a particulares.

En base a la posibilidad de tutela frente a particulares que presen servicios públicos, desde 1996 han sido aceptadas por la Corte un gran número de tutelas contra compañías privadas encargadas de la prestación del servicio público de salud. La primera decisión en este sentido fue la sentencia T-533 de 1996, que trataba el caso de una compañía privada que se negaba a autorizarle al demandante, con quien había suscrito un contrato de prestación de servicios médicos, una intervención quirúrgica, alegando que se trataba de una “preexistencia”, es decir, una enfermedad que ya tenía el paciente antes de firmar el contrato y por tanto, no se incluía como objeto de las prestaciones a que obligaba el mismo. Como señala A. Julio Estrada, la aceptación de un amplio número de tutelas de este tipo fue la respuesta del juez constitucional a la privatización de la seguridad social en Colombia, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, la cual generaba una grave desprotección de los usuarios que escogieron el sistema de seguridad social privado, pues para resolver cualquier controversia que tuviera origen en la ejecución del contrato sólo podían recurrir a la tardía jurisdicción ordinaria, como

---

que prestaran el servicio público de educación, el de salud y los servicios públicos domiciliarios. Esto da a entender que cuando se trate de los demás casos de prestación por un particular de un servicio público no cabe interponer la acción de tutela. (Ibid. p. 272).

<sup>138</sup> En el caso de la Sentencia T-507 de 1993, la Corte Constitucional se enfrentaba a la doble limitación expuesta en la nota anterior: el particular demandado era una compañía que prestaba el servicio de correos, por lo que era un servicio no incluido en el artículo 42 del Decreto ley, y además se le imputaba la violación de un derecho de petición, un derecho que según el artículo 23 de la Constitución en principio sólo era exigible frente al Estado, pues por expreso mandato constitucional su ejercicio frente a particulares estaba supeditado a la expedición de una reglamentación legal no promulgada. Las barreras eran aparentemente infranqueables pero no a juicio de la Corte, que sostuvo que la prestación de un servicio público por un particular transformaba a éste en autoridad pública, y en consecuencia la procedencia de la tutela en estos casos no está limitada a los supuestos legalmente regulados. Con esta sentencia, la Corte sentó la línea jurisprudencial que se aplicaría en muchos otros casos. (Ibid.).

en cualquier relación contractual, pero no a la tutela, con lo que en casos de dolencia grave que deben atenderse inmediatamente los pacientes estaban sin protección<sup>139</sup>.

El otro aspecto y el cual se configura como el elemento que con mayor frecuencia ha sido invocado, existiendo un gran número de sentencias de este tipo, para la protección de los derechos sociales frente a terceros particulares, ha sido el supuesto de “la indefensión y la subordinación”. La Corte delimitó conceptualmente esta expresión en su Sentencia T-290 de 1993 señalando que “la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos<sup>140</sup>, o con los estudiantes frente a sus profesores (...), en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida esta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o la amenaza de que se trate”. Por ejemplo, cuando el demandante sea un menor o se encuentre en situación de marginación social y económica<sup>141</sup> que puede agravarse si se trata de una persona de la tercera edad<sup>142</sup>, o padezca una minusvalía física o psíquica que lo coloque en situación de desventaja frente al demandado<sup>143</sup>.

Esta posibilidad de ejercer acción de tutela de los derechos sociales frente a particulares será posteriormente, como veremos, recogida explícitamente por las constituciones de Ecuador de 1998 y de 2008, Venezuela de 1999 y Bolivia de 2009.

---

<sup>139</sup> Ibid. Pp. 288-289.

<sup>140</sup> Son ejemplos de demandas interpuestas por trabajadores contra sus patronos solicitando la protección de derechos, entre otras: Sentencia T-593 de 1992, T-161 de 1993 y T-230 de 1994.

<sup>141</sup> Ver: Sentencia T-605 de 1992.

<sup>142</sup> Ver, entre otras: Sentencias T-125 de 1994, T-036 de 1995, T-351 de 1997, T-495 de 1999, T-1008 de 1999, SU-062 de 1999.

<sup>143</sup> Ver: Sentencia T-174 de 1994, T-024 de 1995 y T-288 de 1995.

#### ***4.2.6. Los peligros del modelo “coyuntural” colombiano de protección de los derechos sociales***

Si bien la composición progresista de los magistrados de la Corte Constitucional en Colombia ha permitido, desde su creación, salvar las dificultades constitucionales para la protección de los derechos sociales, son muchos los casos en que para proteger derechos sociales la Corte ha hecho primar en su jurisprudencia la perspectiva ética a la jurídica, el peligro existente en el país es que desde el momento que accedan a la Corte nuevos magistrados de tendencia conservadora puede incurrirse también, en una nueva situación coyuntural de desprotección de los derechos sociales.

De hecho, podemos afirmar que durante los últimos años se ha producido una conservadurización de la Corte Constitucional, especialmente desde el año 2002, mediante presiones del poder político sobre la misma y la voluntad de este de reintegrar la Corte con magistrados conservadores. Sin duda, el clima político ha cambiado desde que el presidente Álvaro Uribe (2002-2006) agarró el poder, no sólo por sus estándares de actuación conservadores, sino además por el amplio apoyo que ha recibido de la mayoría de la población.

Por un lado, el Presidente Uribe y sus ministros han criticado profundamente algunas decisiones progresistas de la Corte Constitucional, intentando en varias ocasiones reformar la Constitución con el objetivo de limitar el poder de la Corte. Por otro lado, Uribe ha sido reelegido (2006-2010). Durante este período tres magistrados de la Corte terminan su mandato y el Presidente va a reintegrar la corte con jueces conservadores.

Los magistrados, en Colombia, son nombrados por el Congreso, de tres listas de nombres cada una de ellas presentadas respectivamente por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Presidente de la República. Cada Magistrado tiene un mandato individual de 8 años y cuando termina tiene que ser reemplazado por una persona perteneciente a la lista del mismo origen que la suya. Los tres jueces que están a punto de concluir sus períodos pertenecen a la lista del Presidente, y por tanto han de ser sustituidos por personas postuladas por el Presidente y nominadas por el Congreso, que después de las elecciones de marzo de 2006 está compuesto por mayoría de partidos que dan apoyo al Presidente Uribe. Esto supon-

drá una conservadurización de la Corte que se reflejará sin duda en la protección y justiciabilidad de los derechos sociales<sup>144</sup>.

De hecho, de los tres magistrados pertenecientes a la lista del Presidente que concluyen su mandato durante este período presidencial, el primero, Álvaro Tafur, ya lo terminó en el 2007, en su lugar el Presidente Uribe nombró a Mauricio González Cuervo, causando un gran escándalo pues González Cuervo es una persona de confianza del Presidente y hasta entonces su Secretario jurídico en la Presidencia de la República<sup>145</sup>. Hay que tener en cuenta que en Colombia todos los proyectos de ley del Ejecutivo pasan por manos de la Secretaría jurídica de la Presidencia antes de ser radicados en el Congreso. Además, todas las leyes ya aprobadas también pasan por manos de esa entidad. La relación estrecha que mantiene González Cuervo con el Ejecutivo y las leyes lo hace un hombre clave para el gobierno, esta es la razón por la que Uribe lo ha postulado como magistrado a la Corte.

Los otros dos magistrados de la terna del Presidente terminan su mandato entre diciembre de 2008 y mayo de 2009, con lo cual serán también sustituidos por nuevos magistrados nombrados por Uribe.

---

<sup>144</sup> R. UPRIMNY YEPES. "Should Courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitutional Court". Ob. cit. p. 364.

<sup>145</sup> Mauricio González Cuervo ha sido Viceministro de Justicia y Viceministro de Interior en los gobiernos de Uribe. Desde el 19 de julio de 2005 era Secretario jurídico de la Presidencia de la República.



## **5. LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994. DEL RECONOCIMIENTO A LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES**

---

La reforma constitucional aprobada en Argentina en 1994 constituye otro ejemplo de la tendencia abierta en la región hacia una mayor protección y justiciabilidad de los derechos sociales. Si bien fue una reforma de poca envergadura, sí introdujo aspectos destacables en materia de derechos sociales que es importante mencionar.

### **5.1. LAS CONSTITUCIONES DE 1949 Y 1957. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSTITUCIONALISMO ARGENTINO**

Un primer intento de inclusión de los derechos sociales en el constitucionalismo argentino tuvo lugar con la Convención Constituyente y la Constitución de 1949. En enero de 1946, Juan Domingo Perón había ganado las elecciones presidenciales. En este contexto, se planteó desde el gobierno la necesidad de una reforma constitucional, entendida como la consolidación de todos los beneficios que Perón había otorgado a los trabajadores desde la Secretaría de Trabajo del gobierno militar creado con la Revolución de 1943<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El 4 de junio de 1943 se produjo un golpe de Estado encabezado por los generales Arturo Rawson y Pedro Pablo Ramírez y apoyado por varios sectores militares entre los que se destacaba una agrupación de militares del Ejército denominado GOU (Grupo de Oficiales Unidos), integrado por unos veinte oficiales mayoritariamente jóvenes de ideologías diversas que compartían un enfoque nacionalista. El golpe derrocó al presidente Ramón Castillo quien fue reemplazado por el general Arturo Rawson, quien inmediatamente (tres días después) fue reemplazado a su vez por el general Pedro Pablo Ramírez. La Revolución del 43 contenía en su interior diversos sectores que lucharon entre sí para controlar la dirección del proceso. Uno de esos sectores estuvo liderado por el entonces coronel Juan Domingo Perón, quién ocupó inicialmente un cargo de menor significación como secretario del Ministerio de Guerra, en cabeza del General Edelmiro Farrell. A partir de la segunda mitad de 1943 comenzó una política de alianza con

En septiembre de 1948 se anunció al país la reforma constitucional, el Congreso aprobó la Ley nacional 13.253 mediante la cual se declaró la necesidad de la reforma y se convocó a elecciones de convencionales constituyentes, en las que el partido peronista obtendría la mayoría en todos los distritos. Finalmente, el 16 de marzo el nuevo texto constitucional fue aprobado por la Convención y entró en vigor<sup>2</sup>.

La reforma se manifestó, principalmente, en la incorporación de normas de contenido social, por las que se incluyó en el Preámbulo el propósito de “promover la cultura nacional” y ratificar “la irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”, y en la parte dogmática fueron reconocidos como derechos especiales los derechos de las

---

el movimiento sindical que le permitiría ir ocupando posiciones cada vez más influyentes en el gobierno militar. En ese camino resultó fundamental su designación a cargo del irrelevante Departamento de Trabajo, elevado luego al nivel de Secretaría de Estado. A comienzos de 1944 el gobierno militar rompió relaciones diplomáticas con los países del Eje, decisión que llevó a un enfrentamiento entre sus sectores internos y a exigir la renuncia del presidente Ramírez, quien fue reemplazado por el General Edelmiro Farrell, pasando Perón a ocupar el Ministerio de Guerra que dejó aquel. Farrell se apoyó en Perón y su exitosa política laboral-sindical y sufrió el embate del sector nacionalista de derecha liderado por el Ministro del Interior, el general Luis César Perlinger. En la segunda mitad del año el dúo Farrell-Perón consolidó su posición, desplazando al sector de la derecha nacionalista católica-hispanista, y profundizó las reformas laborales generalizando la negociación colectiva, sancionando el Estatuto del Peón de Campo que laboralizó la situación de los trabajadores rurales, creando los tribunales de trabajo y estableciendo la jubilación para los empleados de comercio. También se tomaron importantes medidas industrialistas como la creación del Banco Industrial de Crédito. Tras los beneficios otorgados por Perón a los trabajadores desde la Secretaría del Trabajo, en octubre de 1945 militares antiperonistas lograron su renuncia y detención. Cuando la situación parecía definida, se produjo el 17 de octubre de 1945 una gran movilización de obreros y sindicalistas que obtuvo la liberación de Perón y su reinstalación en el gobierno. A partir de entonces ambos bandos se prepararon para enfrentarse en elecciones el 24 de febrero de 1946 triunfando Juan Perón y como Vicepresidente el radical Hortensio Quijano, contra la fórmula de la Unión Democrática integrada por los radicales José P. Tamborini-Enrique Mosca.

<sup>2</sup> C. S. FAYT. *Evolución de los derechos sociales: del reconocimiento a la exigibilidad*. FEDYE. Buenos Aires, 2007, pp. 33-34.

personas ancianas, de la mujer, de los niños y de los trabajadores (Tercer Capítulo: “Derechos de los trabajadores, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura), a la vez que se fijó la función social de la propiedad privada, el capital y la actividad económica (Cuarto Capítulo: “La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica”). Se estableció, por tanto, una nueva concepción del capital como elemento al servicio de la economía nacional, se nacionalizaron los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas y las demás fuentes de energía. También se nacionalizaron los servicios públicos, a la vez que se prohibió su enajenación o concesión a particulares<sup>3</sup>.

Por último, en la disposición transitoria primera se disponía la creación con carácter provisional del Ministerio de Trabajo y Previsión, instituido en base a la organización de la hasta entonces Secretaria de Trabajo y Previsión, creada en el año 1943.

A pesar de reconocer que esta reforma supuso un primer tímido reconocimiento de derechos sociales, cabe decir que en la Constitución de 1949 estos tuvieron un carácter meramente declarativo y teórico<sup>4</sup>. En materia de derechos del trabajo por ejemplo, como señala C. Colautti, “en momento alguno se pone a cargo del Estado el carácter eventual de posible sujeto pasivo de una relación obligacional. Sólo se hace referencia a la sociedad, a la comunidad y a la colectividad, es decir agrupaciones humanas que por carecer de personalidad jurídica y de la posibilidad de adquirirla no pueden ser sujetos pasivos de una obligación”<sup>5</sup>, eludiendo así, además de la operatividad de la

---

<sup>3</sup> Conjuntamente con la introducción de normas de contenido social, otros elementos que incorporó la reforma fueron, en el plano político, la habilitación de la reelección indefinida del Presidente y Vicepresidente de la Nación (“El Presidente y el Vicepresidente durarán en su cargo seis años, y pueden ser reelegidos”. art.77). Y, en el ámbito del Poder Judicial, además de instituirse una nueva vía recursiva ante la Corte, el recurso de casación, se dispuso la aplicación obligatoria por los tribunales inferiores de la doctrina emanada de los fallos del Alto Tribunal. (Ibid. p. 38).

<sup>4</sup> Ver: P. RAMELLA. “Los derechos sociales en la Constitución argentina”. En *Boletín del Instituto de derecho comparado de México*. Núm. 50. UNAM. México, 1964, p. 321; SAMPAY. “L'esprit de la réforme constitutionnelle en Argentine”. En *Cahiers de Législation et Bibliographie juridique de l'Amerique Latine*. 2º año, núm. 7-8, pp. 11-23.

<sup>5</sup> C. COLAUTTI. *Las disposiciones constitucionales sobre el orden económico-social*. La Ley. Buenos Aires, 1985, p. 739.

norma, la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de sus funciones<sup>6</sup>. Esto hace que, más que el reconocimiento del trabajo como un derecho social, continuara percibiéndose como un derecho civil gobernado por las normas que rigen los contratos entre particulares. O, posteriormente, la Corte Suprema de Justicia en su integración posterior al derrocamiento de Perón, expresó: “el art. 37<sup>7</sup> de la reforma de 1949 no establecía ninguna garantía y ningún precepto, sino solamente declaraciones teóricas”<sup>8</sup>. En cuanto a las disposiciones de la reforma relativas a los derechos del trabajador, la Corte concluyó que aquellas “no contenían sino declaraciones teóricas y no añadían derecho alguno a los que había establecido efectivamente la legislación bajo el imperio de la Constitución de 1853”<sup>9</sup>.

En consecuencia, no será hasta la siguiente reforma constitucional de 1957 que se podrá hablar de un reconocimiento pleno de los derechos sociales en el constitucionalismo argentino.

El gobierno de Perón duró hasta 1955, cuando el levantamiento militar de 16 de septiembre de este año, depuso a Perón de la presidencia e impuso un gobierno provisional con el General Leonardi al frente, hasta noviembre de este año, y luego el General Aramburu. Una de las primeras medidas de Aramburu fue dejar sin efecto la Constitución de 1949, alegando que en el dictado de este texto constitucional se había violado el procedimiento de reforma establecidos en el artículo 30 de la Constitución anterior por no respetar las mayorías requeridas para declarar la necesidad de reforma, y por tanto, procedió a reestablecer la vigencia de la Constitución de 1853, sobre la que se declaró la necesidad de una reforma parcial (Decreto Ley 3838/57).

Para aquel entonces, ya se había creado una Comisión de Estudios Constitucionales, por Decreto 22.337 de 17 de diciembre de 1956, a

---

<sup>6</sup> C. S. FAYT. *Evolución de los derechos sociales: del reconocimiento a la exigibilidad*. Ob. cit. pp. 53-55.

<sup>7</sup> El artículo 37 de la Constitución de 1949 establecía: “Declárense los siguientes derechos: (...)”, nombrando a continuación un conjunto de derechos del trabajador, la familia, la ancianidad, la educación y la cultura, y la función social de la propiedad.

<sup>8</sup> República de Argentina. Corte Suprema de Justicia. “Sambrín de Mollard c. Frigorífico Armour” (Fallos 235:140) de 1956.

<sup>9</sup> República de Argentina. Corte Suprema de Justicia. “Cantarini c. Acindar” (Fallos 237:272) de 1957.

fin de aportar los fundamentos que serían utilizados por el gobierno provisional para justificar la necesidad de la reforma constitucional<sup>10</sup>.

Finalizada la labor de la Comisión de Estudios Constitucionales, se convocó a elecciones de convencionales constituyentes, en las que el peronismo fue excluido. Con muchas dificultades, dadas por el abandono de la Convención por una tercera parte de sus miembros que la consideraban ilegítima, y de varias impugnaciones no aceptadas de otros miembros solicitando la declaración de nulidad del Decreto Ley 3838/57 y la invalidez de los títulos de convencionalistas, la Convención Constituyente dispuso declarar la vigencia del texto constitucional de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1889, excluyendo aquellas de 1949. A ello sumaron la incorporación de un nuevo artículo, luego individualizado como 14 bis, que incorporaba al texto original los derechos sociales<sup>11</sup>, además de un agregado final al inciso 11 del artículo 67<sup>12</sup> que sustituía las palabras “de minería” por “de minería, y del trabajo y seguridad social”<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Los fines perseguido por la reforma, según el informe de la Comisión, era una democratización de la sociedad basada en: “1) El afianzamiento de los derechos y garantías individuales y sociales; 2) La realidad de un auténtico federalismo; 3) El fortalecimiento de las autonomías municipales; 4) La efectividad de la libertad de expresión; 5) La limitación de las facultades del poder central; 6) La imposibilidad de reelección del presidente y vicepresidente; 7) La efectiva independencia del Poder Legislativo y la ampliación de sus facultades en lo que se refiere al control del Poder Ejecutivo; 8) El robustecimiento integral del Poder Judicial; y, 9) La limitación de las facultades del Poder Ejecutivo en lo relativo a la designación y remoción de los empleados públicos a modo de dar base constitucional y legal a un estatuto que les asegure estabilidad y los independice de los vaivenes de la política”. (Ver: REPÚBLICA ARGENTINA. COMISIÓN DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. “Materiales para la reforma constitucional”. T. I. *Informe acerca de la convocatoria de la Convención*. Buenos Aires, 1957, p. 28).

<sup>11</sup> Tal como señala P. Ramella: “cuando en 1957, se agregó a la Constitución de 1853 el artículo 14 bis, se le inyectó a esta los principios del llamado derechos social” (P. RAMELLA. “Los derechos sociales en la Constitución argentina”. Ob. cit. p. 321).

<sup>12</sup> C. S. FAYT. *Evolución de los derechos sociales: del reconocimiento a la exigibilidad*. Ob. cit. p. 63.

<sup>13</sup> Sobre el tratamiento de los derechos sociales en las Constituciones argentinas de 1949 y 1957, ver: “Reforma Constitucional”. Dictamen Preliminar

El artículo 14 bis supuso de manera definitiva el reconocimiento de los derechos sociales de los trabajadores en la ley fundamental argentina. Este artículo es la manifestación de un cambio paradigmático en la noción de trabajo, que había iniciado pero no completado la reforma de 1949. Se reconocen, a partir de este momento, los derechos del trabajo (derechos individuales del trabajador<sup>14</sup>, derechos colectivos del trabajo<sup>15</sup> y derechos de la seguridad social) como derechos sociales con una tutela especial por parte del Estado<sup>16</sup>. El 14 bis es una norma de naturaleza transformadora dada la obligación que impone al Estado de proteger el trabajo en sus diversas formas mediante contenidos mínimos que establecen ciertas limitaciones respecto de otros derechos. En consecuencia se trata de comprometer al Estado en la remoción de los distintos obstáculos, principalmente de índole económica, que dificultan la plena vigencia de los derechos sociales enunciados por la propia norma<sup>17/18</sup>.

---

del Consejo para la Consolidación de la Democracia. EUDEBA. Buenos Aires, 1986, pp. 266-277.

<sup>14</sup> El artículo 14 bis reconoció los derechos a: condiciones dignas y equitativas de trabajo, jornada limitada, descanso y vacaciones pagados, retribución justa, salario mínimo vital móvil, igual remuneración por igual tarea, participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección, así como protección contra el despido arbitrario y estabilidad. A los empleados públicos les reconoció también, organización sindical libre y democrática.

<sup>15</sup> Concretamente, se reconocieron el derecho de los gremios a concertar convenios colectivos, el derecho a recurrir a la conciliación y al arbitraje y el derecho de huelga.

<sup>16</sup> C. S. FAYT. *Evolución de los derechos sociales: del reconocimiento a la exigibilidad*. Ob. cit. pp. 64-75.

<sup>17</sup> Ibid. pp. 75-76.

<sup>18</sup> Sobre la incorporación del artículo 14 bis en la reforma de 1957, la Corte Suprema de Justicia argentina expresó: "Hoy, luego de la reforma de 1957, el régimen constitucional ha cambiado. La materia sobre la que versa el litigio no constituye ahora, sino la manifestación parcial del gran tema que está referido a uno de los deberes inexcusables del Congreso: el de asegurar al trabajador un conjunto de derechos inviolables, entre los que figura, de manera conspicua, el de tener protección contra el despido arbitrario". (República de Argentina. Corte Suprema de Justicia. Fallos 252:160).

### **5.1.1. Los límites de los derechos sociales en la Constitución de 1957**

A pesar del reconocimiento constitucional de los derechos sociales, especialmente en el artículo 14 bis, se presenta en la Constitución de 1957 un importante problema. Este es que el reconocimiento de los derechos sociales constitucionalmente previstos depende, principalmente, del hecho de que las personas ocupen una posición de trabajador en el mercado de trabajo formal. La asignación de muchos derechos sociales depende de la inclusión del cabeza de familia en el mercado de trabajo formal. Es el caso de la seguridad social o el seguro médico, los créditos para vivienda o pensión de jubilación, asignaciones familiares y otros sistemas de transferencia de ingresos. Este marco jurídico es reflejo del momento de prosperidad económica que vivía Argentina entre las décadas de 1940 y 1970, momento en que se aprobó la Constitución, la existencia de una tasa estable de pleno empleo y los relativamente buenos resultados en materia de integración social, explican porque en aquel momento no se pensaba en constitucionalizar un plan de seguro para desempleados, por ejemplo<sup>19</sup>.

No obstante, la cosa cambió con la llegada de la profunda crisis económica y política de mediados de los 70 (en 1976 tomaron el poder los militares), momento en que las violaciones masivas de derechos humanos fueron acompañadas de señales de agotamiento económico, importantes tasas de inflación, creciente deuda externa y un profundo déficit financiero del sistema de seguridad social. La situación económica y social no cambió demasiado con el regreso de la democracia liberal en 1983. El desempleo empezó a crecer y el gobierno fracasó en los intentos de reforma del sistema de seguridad social. Dos crisis de hiperinflación tuvieron lugar en el período 1987-1989. En 1989, el candidato del Partido Justicialista Carlos Menem asumió el cargo de Presidente de la República, llevando a cabo una profunda reforma neoliberal, incluyendo la privatización parcial del sistema de seguridad social, la descentralización de los sistemas de salud y educación, privatización del sistema de indemnización laboral, flexibilidad laboral y debilitamiento del poder de negociación de

---

<sup>19</sup> Ver: E. ISUANI, R. LO VUOLO y E. TENTI FANFANI. *El Estado benefactor. Un paradigma en crisis*. CEIPP/Miño y Dávila. Buenos Aires. 1991.

los sindicatos, liberalización de los aranceles externos y eliminación de los obstáculos al comercio externo, privatización de gran cantidad de empresas públicas, etc. Mientras, por un lado, se logró controlar la inflación y recuperar algunos de los indicadores macroeconómicos, por el otro lado, la tasa de desempleo y las desigualdades económicas crecieron enormemente<sup>20</sup>. Esta situación provocó, especialmente el alto desempleo, la imposibilidad de una gran cantidad de la población de acceder a los derechos sociales.

En 1994, cuando el Presidente Menem estaba apunto de acabar, los dos principales partidos políticos acordaron reformar la Constitución, permitiendo la reelección del presidente, pero a la vez, introduciendo también un conjunto de nuevos derechos sociales en la Constitución así como mecanismos para la justiciabilidad de los mismos<sup>21</sup>.

## **5.2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES**

Si bien con la reforma de 1957 se produce un reconocimiento de los derechos sociales, poco había hecho ésta en orden al establecimiento de mecanismos de protección de tales derechos. La Constitución no reconoce garantías constitucionales para dotar de eficacia a los mismos. Ello fue, de alguna manera, cuestión solventada por la reforma constitucional de 1994, aprobada por la Convención Nacional Constituyente de Paraná, Santa Fé.

La reforma constitucional de 1994 supuso, entre otros aspectos, primero la incorporación al texto constitucional de normas vinculadas a los derechos sociales y a su desarrollo y protección, y segundo, otorgar jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales citados en el art. 75.22, entre los que se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de

---

<sup>20</sup> A. BARBEITO y R. LO VUOLO. *La nueva oscuridad de la política social. Del estado populista al neoconservador*. CEIPP/Miño y Dávila. Buenos Aires. 1998.

<sup>21</sup> C. COURTIS. "Socio-economics Rights before the Courts in Argentina". En F. COOMANS (ed.). *Justiciability of Economic and Social Rights*. Ob. cit. pp. 310-313.



Derechos Humanos con el Protocolo de San Salvador, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de derechos del niño, etc.

### ***5.2.1. El desarrollo y protección de los derechos sociales***

En cuanto a este primer aspecto, debido a que la Ley de necesidad de la Reforma Constitucional había impuesto no modificar ningún artículo de la primera parte de la Constitución (“Declaraciones, Derechos y Garantías”)<sup>22</sup>, el Constituyente se vio obligado para proceder a incorporar nuevos derechos e instrumentos de protección de los mismos, a añadir un nuevo capítulo segundo titulado “Nuevos derechos y garantías” en la primera parte del texto, donde incorporó nuevos derechos como el derecho a un medio ambiente sano (art. 41), o los derechos de los consumidores (art. 42), que si bien no son propiamente derechos sociales, sí que su reconocimiento tiene una estrecha relación con cuestiones sociales. Aunque los aspectos que más nos interesa destacar son el establecimiento de medidas destinadas a fomentar el desarrollo de los derechos sociales y el establecimiento de mecanismos jurisdiccionales de protección de los mismos.

#### **a) Fomento del desarrollo de los derechos sociales**

El párrafo tercero del inciso segundo del artículo 75<sup>23</sup>, incorporado con la reforma del 94, contiene un mandato expreso, relativo a la distribución de los recursos entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre estas, de usar un criterio que priorice la equidad en el grado de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades. Asimismo, cabe señalar el reenvío que a esta norma

---

<sup>22</sup> La norma a la que hago referencia es la Ley Nacional 24.309, cuyo artículo 7 prohíbe modificar el Capítulo de la Constitución referido a “Declaraciones, Derechos y Garantías” (arts. 1 a 35).

<sup>23</sup> “La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”.

hace al inciso 8 del propio artículo 75<sup>24</sup>, estableciendo los referidos criterios como prioridades a seguir en la elaboración de la Ley del presupuesto. El traslado de directrices del ámbito del reparto impositivo al propio de la Ley de presupuesto implica el establecimiento de límites impuestos por la Constitución al accionar discrecional del poder en la previsión presupuestaria de los recursos, gastos e inversiones. Esto se vincula a la pauta de progresividad contenida en el PIDESC, relativa a la adopción de medidas para su efectividad “hasta el máximo de los recursos disponibles”. En razón de los criterios establecidos en la Constitución por un lado, y en el PIDESC por otro, se da la orientación de que la asignación de recursos debe estar guiada hacia la promoción de los fines fijados en la Constitución y el Pacto y evitar criterios arbitrarios o discrecionales para ello<sup>25</sup>.

## **b) Mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos sociales**

Otra novedad introducida por la reforma fue el establecimiento en los dos primeros párrafos del nuevo artículo 43, de la garantía de amparo como herramienta fundamental para exigir el cumplimiento de los derechos sociales reconocidos en las distintas normas<sup>26</sup>. La

---

<sup>24</sup> El artículo 75.8 señala: “Son competencias del Congreso (...) fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión”.

<sup>25</sup> G. BIDART. “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada de 1994”. En *Hechos y derecho. Derechos económicos, sociales y culturales*. Núm. 7. 2000. Subsecretaría de Derechos Humanos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 48.

<sup>26</sup> Artículo 43 Constitución argentina de 1994: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva

incorporación en el texto constitucional del recurso de amparo para la protección de los derechos sociales constituye, sin duda, un elemento de especial importancia<sup>27</sup>. Además, el segundo párrafo de este

---

en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que dependan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

<sup>27</sup> El primer antecedente de la Acción de Amparo en Argentina lo encontramos en el caso “Siri”, seguido ante la Corte Suprema de Justicia (Fallos 239:459, de 27 de diciembre de 1957), donde esta última decretó, amparándose en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales”) la procedencia del amparo, aún y no estar reconocido formalmente en la Constitución argentina, como acción procesal para tutelar los derechos y garantías reconocidos en la Constitución. Es interesante destacar que a la acción del caso “Siri” se le dio curso y fue sustanciada como acción de hábeas corpus, pues la Constitución no preveía el amparo. El fundamento de la acción radicó en que al clausurar por la policía el diario Mercedes, en una localidad de la provincia de Buenos Aires, se vulneraba la libertad de imprenta y de trabajo. Esta acción fue rechazada, tanto por el juez de primera instancia como por el juez de apelación, en razón que la acción de hábeas corpus sólo tutela la libertad física o corporal de las personas, y teniendo en cuenta que el Sr. Siri, director-propietario del diario, había sido liberado, no existía restricción alguna que afectase al recurrente. La Corte, luego de solicitar informes a la policía y acreditar que el diario seguía clausurado, expresó que el recurrente no había interpuesto una acción de hábeas corpus sino que había invocado la lesión a sus derechos de libertad de imprenta y de trabajo, tutelados en los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución y, encontrándose acreditada en la causa la restricción de los derechos citados, dijo que correspondía que “los mismos sean reestablecidos por los jueces, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que lo reglamente. Los derechos existen y se garantizan a los individuos por el sólo hecho de estar consagrados por la Constitución, independientemente de las leyes reglamentarias.

En el caso “Kot” (Fallos: 241:291, de 5 de septiembre de 1958), la Corte Suprema de Justicia ratificó la doctrina elaborada por el caso “Siri” y extendiendo la aplicación de la acción no sólo a los actos emanados de las autoridades públicas sino a los de los particulares. Este caso trató de la ocupación de una planta fabril en virtud de un conflicto laboral y la privación del derecho de propiedad de la actora. Así, la Corte dijo que nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que diga que la protección de los derechos este circunscrita sólo a los ataques de las autoridades públicas. Con estos antecedentes, la Acción de Amparo se consagró en Argentina, sin embargo, con la llegada de la dictadura militar y la quiebra por la misma

artículo a parte de otorgar legitimación activa para interponer el amparo a los particulares y al Defensor del Pueblo (al que la reforma dio estatuto constitucional en su artículo 86)<sup>28</sup>, la amplía también a “organizaciones que propendan esos fines, registradas conforme a la ley”, lo que permite canalizar demandas colectivas de protección de derechos sociales de grupos que comparten una situación similar y que son situaciones que requieren de un remedio colectivo, ello refuerza los mecanismos necesarios para la tutela efectiva de los derechos sociales.

### ***5.2.2. La jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos***

Paralelamente a lo señalado en el punto anterior, la reforma otorgó, como he dicho, jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos incluidos en el inciso 22 del artículo 75<sup>29</sup>. De los tratados

---

del sistema democrático, tal como estaba regulado el amparo, es decir, jurisdiccionalmente y sin regulación normativa, hubiera podido implicar que los jueces hubieran podido reestablecer de forma inmediata la vulneración de derechos y garantías constitucionales, lo que hubiese impedido el carácter hegemónico del gobierno nacido a través del golpe de Estado. Así y para evitar esto, al tomar el poder, el gobierno militar reglamentó esta acción mediante el Decreto Ley 16.986, de 18 de octubre de 1976, con el objeto de limitar la eficacia de la institución.

Posteriormente, con el restablecimiento de la democracia liberal y a partir de las reformas a los textos constitucionales provinciales que se fueron produciendo a partir de 1983, se incorporó el amparo en estos textos constitucionales. Finalmente, la Acción de Amparo fue constitucionalizada en la Constitución de la Nación con la reforma de 1994 (P. ABERASTURY. “Derecho de Amparo. Antecedentes de la Acción de Amparo en la República Argentina”. En VV.AA. *La protección constitucional del ciudadano*. Ob. cit. pp. 7-10).

<sup>28</sup> En el caso “Defensor del Pueblo c. Poder Ejecutivo”, de 5 de julio de 1998, la Corte Suprema de Justicia consagró la legitimación procesal del Defensor del pueblo a efectos de solicitar amparo en cumplimiento del mandato constitucional contra una medida del Poder Ejecutivo.

<sup>29</sup> “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación

citados en este artículo, aquellos que hacen referencia a derechos sociales son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XI, XII, XIII, XIV, XV y XXIII), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 22, 23.1, 23.3, 24, 25.1, 25.2, 26.1, 27 y 28), la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Capítulo III y art. 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (arts. 3.5.b, 10, 11, 12, 13 y 14), y la Convención de Derechos de los Niños (especialmente, arts. 24, 25, 26, 27, 28, 32).

De esta manera se privilegió a un grupo de tratados de derechos humanos sobre otros. Algunos autores han señalado que la lista es incompleta, preguntando por ejemplo, ¿por qué se incluye en la lista la Convención de Derechos de los Niños y no la Convención de los Refugiados?<sup>30</sup> En realidad, la lista ha jerarquizado a unos más que a otros pero, de todos modos, no ha cerrado la puerta de la jerarquización constitucional, pues por medio de mayorías especiales, dos tercios de la totalidad de miembros de ambas cámaras (art. 75.22), se pueden constitucionalizar otros tratados que no han sido incluidos en la lista<sup>31</sup>.

Mucho se ha discutido si es o no es necesario el reconocimiento explícito de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, autores como E. Jiménez de Aréchaga, defienden que debe admitirse que las disposiciones de un tratado de derechos humanos tienen siempre, en principio, carácter

---

de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

<sup>30</sup> J. A. TRAVIESO. *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina*. EUDEBA. Buenos Aires, 1996, p. 29.

<sup>31</sup> De acuerdo con las normas de la Constitución argentina, hay dos métodos de aprobación de los tratados internacionales: uno el de aprobación que requiere la simple mayoría, y otro, el de jerarquización constitucional que requiere una mayoría superior, esto es, los dos tercios.

ejecutable por sí mismas (*self-executing*) y por lo tanto pueden ser exigidas en forma directa e inmediata ante los tribunales locales, independientemente de si existen o no disposiciones explícitas en este sentido en la legislación nacional. Esto es así, por que el objeto y razón de ser de un tratado de derechos humanos es reconocer a favor de los individuos, como terceros beneficiarios, ciertos derechos fundamentales, y no regular las relaciones entre los estados parte<sup>32</sup>. Para T. Buergenthal, en cambio, aun cuando un tratado sea parte del derecho interno de un Estado, se requiere una norma de derecho interno que determine su autoejecutibilidad, estos es, la posibilidad de que el tratado sea directamente aplicable por los tribunales. Que el tratado sea o no auto-ejecutable (*self-executing*) es una cuestión de derecho interno<sup>33</sup>.

En cualquier caso y, más allá de esta discusión, lo que parece claro es que el otorgar de manera explícita en la Constitución aplicabilidad directa a todos los derechos sociales reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos introduce novedades importantes en posibilidades de justiciabilidad de los derechos sociales. Es evidente que la aplicabilidad directa de estos tratados no tiene como único objetivo servir de complemento a la parte dogmática de las constituciones sino que, necesariamente, implica condicionar el ejercicio de todo el poder público<sup>34</sup>, principalmente, en dos aspectos:

Primero, en el aspecto de establecer obligaciones a los poderes Ejecutivo y Legislativo nacional. El reconocimiento, por ejemplo, de los derechos del PIDESC va acompañado de unas obligaciones para el Estado. Como señalan los principios de Limburgo<sup>35</sup> (principio

---

<sup>32</sup> E. JIMÉNEZ ARÉCHAGA. "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno". En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Núm. 7, 1988, p. 25. El autor entiende que este es el sentido de la Opinión Consultiva Núm. 7, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el artículo 14.1 de la Convención Americana.

<sup>33</sup> T. BUERGENTHAL. "Self-executing and non self-executing treaties in national and international law". 235 *Recueil des Cours* 303, IV, 1992, p. 307.

<sup>34</sup> V. ABRAMOVICH y C. COURTIS. "La interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: el caso de las obligaciones estatales en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". En O. CANTÓN y S. CORCUERA (coord.). *Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ensayos y materiales*. Porrúa. México. 2004. p.41.

<sup>35</sup> Los principios de Limburgo, es un documento llamado "Principios de Limburgo sobre la implementación del PIDESC", que emana de un grupo

25) o los principios de Maastricht<sup>36</sup> (principio 9), es una obligación mínima para el Estado asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos. El Comité de Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado del control del cumplimiento del Pacto y de elaborar los Comentarios Generales que se entienden como auténticas fuentes de interpretación del Pacto, considera que esta obligación surge del artículo 2.1 del Pacto, y que en algunos casos implicará adoptar medidas que conlleven algún tipo de acción positiva, cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no alcanzan los mínimos exigibles. En otros casos tan sólo requerirá conservar la situación, no retroceder<sup>37</sup>.

---

de expertos reunidos en Limburgo, entre el 2 y el 6 de junio de 1986 y que establecen una guía para la mejor comprensión de los deberes jurídicos contraídos por los Estados desde la ratificación del PIDESC. Este documento fue adoptado por Naciones Unidas (UN Document E/C 4/1987/17).

<sup>36</sup> En sentido similar, en el 22 y 26 de enero de 1997, otro grupo de expertos elaboró los denominados “Principios de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales”, que pese no haber sido adoptado formalmente por Naciones Unidas, sí ha sido usado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para evaluar los informes estatales y para desarrollar distintas observaciones generales al Pacto. (S. V. LECKIE. “Another step towards indivisibility: Identifying the key features of violation of Economic, Social and Cultural Rights”. En *Human Rights Quarterly* 20, pp. 81-124).

<sup>37</sup> El Comité ha señalado: “Un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser” (Principios de Maastricht, Principio 9). El Comité ha intentado definir el contenido básico de algunos derechos del Pacto. Por ejemplo, en materia de derecho a la salud, ha establecido que los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud. Entre estas obligaciones básicas se encuentran, como mínimo, la de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial para los grupos vulnerables o marginados; asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;

Y, segundo, en el aspecto de establecer obligaciones al poder judicial, en su función de garantía de las obligaciones de los Estados en el cumplimiento de los derechos. Dada la jerarquía constitucional otorgada a los tratados, su violación no sólo constituye un supuesto de responsabilidad internacional del Estado, sino, también la violación de la Constitución misma. La no justiciabilidad de estos derechos por los tribunales nacionales supondría prescindir de la consideración de normas de rango constitucional<sup>38</sup>. Ello ha llevado a que algunos autores califiquen al proceso de jerarquización constitucional de nuevos tratados o de denuncia de los ya jerarquizados, por vía de mayoría calificada de las cámaras, como un procedimiento indirecto de reforma constitucional, cuestionándose si la Constitución argentina de 1994 permanece en su condición de Constitución rígida, de acuerdo a lo establecido en el artículo 30 de la misma<sup>39</sup>.

Pues bien, al margen de esto último, la “constitucionalización” de tales instrumentos internacionales refuerza, por tanto, la operatividad de los derechos sociales. Un ejemplo claro es el derecho a la asistencia sanitaria, la Constitución de 1957 no incorporó directamente el derecho a la salud en el texto constitucional y la propia reforma del 94 incluye sólo una breve mención a la salud de los consumidores, en consecuencia, el pleno reconocimiento constitucional del derecho a la salud viene dado en Argentina por la jerarquía constitucional del PIDESC y de la Convención de Derechos de los Niños que se refiere

---

facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; velar por la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; adoptar y aplicar sobre la base de pruebas epidemiológicas un plan de acción (OG Núm. 14, punto 43; ver también puntos 11 y 12 sobre elementos esenciales del derecho). El Comité ha fijado también el contenido básico de otros derechos como el de alimentación, educación, etc. (Ver: V. ABRAMOVICH y C. COURTIS. “La interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: el caso de las obligaciones estatales en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Ob. cit. pp. 32-33).

<sup>38</sup> Ibid. p. 41.

<sup>39</sup> Art. 30 Constitución argentina: “La constitución no puede reformarse en todo o en cualquiera de sus partes, sino por medio del voto de las dos terceras partes de los miembros del Congreso, y mediante una convención convocada a tal efecto”.



en varias ocasiones al acceso de los niños a la salud<sup>40</sup>. Lo mismo sucede con el derecho a la alimentación, tampoco la Constitución hace referencia al mismo, fue en aplicación del artículo 11 del PIDESC y los artículos 14.2.c y 27.3 de la Convención de derechos de la niñez, que las Cortes argentinas, cuando a partir de 2001 estalló la crisis y aumentaron exageradamente los niveles de pobreza, pudieron proteger el derecho a la alimentación de mucha gente incluyéndolos en planes de alimentación<sup>41</sup>.

En resumen, parece estar claro que la reforma constitucional argentina de 1994 supuso un paso importante para la protección y exigibilidad de los derechos sociales en el país<sup>42</sup>.

### **5.3. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: PROTECCIÓN Y PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES**

Al hablar del caso colombiano, he hecho referencia al papel progresista que la Corte Constitucional ha jugado en ese país en la protección de los derechos sociales, señalando pero el peligro que esa situación, puramente coyuntural conlleva.

Un ejemplo claro de cómo una modificación de los miembros de un Tribunal Constitucional puede suponer un cambio importante en la tendencia jurisprudencial de este referida a los derechos sociales, lo encontramos en Argentina con la modificación de los miembros de la Corte Superior de Justicia en el período 2003-2004, aunque en este caso el cambio fue para mejor.

---

<sup>40</sup> C. COURTIS. "Socio-economics Rights before the Courts in Argentina". En F. COOMANS (ed.). *Justiciability of Economic and Social Rights*. Ob. cit. p. 324.

<sup>41</sup> Ver: Corte Administrativa de Buenos Aires No.3. "C.M.D. y otros c. GCBA, s/acción de amparo", de 11 de marzo de 2003; o, Corte Administrativa de Buenos Aires No. 4. "González Rayco, Artidoro c. GCBA s/acción de amparo", de 19 de mayo de 2005.

<sup>42</sup> Para un estudio más detallado de la reforma constitucional argentina de 1994, ver: F. SALVIOLI (ed.). *La Constitución de la Nación Argentina y los derechos humanos*. Ediciones del Movimiento Ecuaménico por los Derechos Humanos. Buenos Aires. 1995.

Las políticas socioeconómicas implementadas en Argentina durante la década de los 90 se caracterizaron por un progresivo desmantelamiento de las instituciones características del Estado del bienestar. El proceso de reducción de los niveles de protección de la legislación en materia laboral o de seguridad social fueron convalidados jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia, llegando al extremo de sostener, para el caso de la legislación laboral, que el orden público económico debía prevalecer sobre el orden público laboral<sup>43</sup>. Como dicen L. Campos y G. Kletzel, resulta, en cierta manera, paradójico que de manera contemporánea a la reforma constitucional de 1994 que otorgó jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, la Corte Suprema haya convalidado medidas deliberadamente regresivas en materia de derechos sociales.

Con la modificación de la Corte en 2003-2004, los pronunciamientos de la misma en materia de legislación laboral y seguridad social han retomado la tradición de reconocer jurisprudencialmente los principios fundantes del derecho del trabajo, a la vez que han incorporado argumentos propios del derecho internacional de los

---

<sup>43</sup> Esta tesis fue sostenida por la Corte en el caso “A. M. López c. Explotación Pesquera de la Patagonia S.A. s/accidente-acción civil”, del 10 de junio de 1992. Allí, la Corte amparándose de la jurisprudencia hasta entonces reinante en el fuero laboral, convalidó la aplicación de una tasa de interés mínima a los créditos laborales, en aras de mantener la estabilidad económica del conjunto de la sociedad. En la misma línea, en “J. Rodríguez c. Embotelladora Argentina”, de 10 de abril de 1993, la Corte limitó la responsabilidad solidaria del contratista respecto de las obligaciones laborales de sus subcontratistas, argumentando “el perjuicio para la economía nacional por las indudables repercusiones que ellos tendría en las inversiones” (L. CAMPOS y G. KLEZEL. “Progresividad y prohibición de regresividad en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en Argentina”. En C. COURTIS (ed.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Ob. cit. pp. 173-174). En materia de seguridad social, en el caso “Chocobar”, de 27 de diciembre de 1997, la Corte Suprema secundó también la sanción de las leyes 23.928 (Ley de convertibilidad) y 24.463 (Ley de solidaridad provisional), que implicaron una congelación de las prestaciones provisionales, la primera, y una supeditación de la movilidad jubilatoria a la asignación de recursos presupuestarios por parte del legislador, la segunda (H. GONZÁLEZ. “El desarrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de regresividad en Argentina”. En C. COURTIS (ed.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Ob. cit. pp. 223 y ss).

derechos humanos. Los casos “Aquino”<sup>44</sup> y “Milone”<sup>45</sup> constituyen algunos ejemplos interesantes de fijación por parte de la Corte de

---

<sup>44</sup> En el caso “Aquino” la Corte revisó la doctrina del caso “Gorosito”, referida a la validez del artículo 39.1 de la Ley 24.557, declarando su inconstitucionalidad en cuanto eximía al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación prevista en el artículo 15, inciso 2, segundo párrafo, de la Ley de Riegos del Trabajo. La Corte sostuvo que resulta fuera de toda duda “que el propósito perseguido por el legislador mediante el artículo 39, inciso 1, no fue otro que consagrar un marco reparatorio de alcances menores que los del Código Civil”, y advirtió que el citado artículo no se adecua a los principios humanísticos insertos en la Constitución y que se desprenden de los artículo 19 y 14 bis. Además, la Corte recordó el deber del Estado de “proteger” y los antecedentes que registra el derecho internacional de los derechos humanos respecto de las “obligaciones positivas” de los Estados, siendo deber del Congreso “conferir al principio *alterum nom laeder* toda la amplitud que este amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican alterar los derechos reconocidos en la Constitución (art. 28)”. Los jueces hicieron hincapié en los compromisos asumidos por el Estado a través de los tratados internacionales de derechos humanos y en particular, destacaron la contradicción entre el “retroceso legislativo” que implica la exclusión de la vía reparadora de la norma respecto del “principio de progresividad” contemplado en el artículo 2.1 del PIDESC y artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Finalmente, señalaron que se encuentra en contradicción con el principio de justicia social reconocida por la jurisprudencia de la Corte en el caso “Berçaitz”, el artículo 75, inciso 19, de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. Concluyó en este punto que la “Ley de Riesgos del Trabajo no ha tendido a la realización de la justicia social”. (República de Argentina. Corte Suprema de Justicia. “C.A. Vizzoti c. AMSA S.A.” de 14 de septiembre de 2004, en “Derecho del Trabajo”, 2004-B-1286. Buenos Aires).

<sup>45</sup> En el caso “Milone” la Corte confirmó una sentencia que había declarado la inconstitucionalidad del original artículo 14.2.b de la Ley 24.557, condenando a la accionada a pagar en forma íntegra y en un pago único la indemnización por accidente, en cuanto considera que un sistema de renta periódica para los damnificados víctimas de las incapacidades más severas “no satisface los requerimientos de asegurar una condición de labor equitativa de acuerdo al artículo 14 bis de la Constitución, vale decir, justa, toda vez que por su rigor termina desinteresándose de la concreta realidad sobre la que se debe obrar”. Recordaron en este fallo que los principios elaborados a partir del artículo 14 bis se integran al actual artículo 75, incisos 22 y 23, del texto constitucional, por lo que los DESC “exigen una tutela y promoción permanentes con el objeto de lograr plena vigencia”. A su vez, sostuvieron que el artículo 75, inciso 23, citado, “asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales”, vinculado al principio

la obligación de progresividad y prohibición de regresividad en derechos sociales, y los casos “Sánchez”<sup>46</sup> o “Itzcovich”<sup>47</sup> de protección de los derechos de seguridad social. Todos ellos muestran, por tanto, esta nueva tendencia.

En materia de cobertura médica y de medicamentos también la nueva composición de la Corte ha supuesto la resolución de un gran número de casos protegiendo a particulares ante la negación de co-

---

de toda persona “a una mejora continua de las condiciones de existencia” (República de Argentina. Corte Suprema de Justicia. “I. Milone c. Asociart S.A.”, de 26 de octubre de 2004).

<sup>46</sup> En el caso Sánchez, la Corte Suprema anuló su precedente caso “Chocobar”, y sostuvo que la prohibición general de reajustar precios de acuerdo a la tasa de inflación no era aplicable en el sistema de pensiones y, por tanto, ordenó al gobierno reajustar los niveles de pensiones de acuerdo con las variaciones de los índices generales de los salarios. La Corte insistió en señalar las relaciones entre los niveles de las pensiones y los derechos a la alimentación, la vivienda, la educación y la salud, o el derecho a un nivel adecuado de vida, para los trabajadores retirados. La Corte fundamentó su decisión tanto en principios constitucionales (el derecho a la nivelación de las pensiones o el mandato al Congreso de adoptar acciones positivas para asegurar los derechos de las personas adultas mayores), como en tratados internacionales de derechos humanos (art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los arts. 26 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, subrayando el carácter de desarrollo progresivo de los derechos humanos, y el hecho de que la falta de recursos no puede ser usado como un argumento para negar o restringir derechos reconocidos). (República de Argentina. Corte Suprema de Justicia. “Sánchez, María del Carmen c. ANSeS s/ reajustes varios”, de 17 de mayo de 2005).

<sup>47</sup> En este caso, la Corte Suprema declaró que una cláusula de la llamada “Ley solidaria de Seguridad Social”, la cual sujetaba la apelación de decisiones en materia de seguridad social a un recurso ordinario ante la Corte Suprema, era inconstitucional. La mayoría de la Corte sostuvo que el gobierno había usado no razonablemente este recurso legal para retrasar pagos de la seguridad social, y que los principios del debido proceso aplicados a la seguridad social requieren de un juicio rápido, certeza y visibilidad. En consecuencia, la Corte señaló que la cláusula en cuestión afectaba al derecho a un debido proceso en conexión con el derecho a la seguridad social. La decisión se fundamentó en principios constitucionales y en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (derecho a protección judicial) y citó un caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso “Las palmeras”, de 6 de diciembre de 2001). (República de Argentina. Corte Suprema de Justicia. “Itzcococh, Mabel c. ANSeS s/reajustes varios”, de 29 de abril de 2005).

bertura médica por parte de entidades privadas de prestación del servicio de salud<sup>48</sup>, o estableciendo medidas preliminares para asegurarles el acceso a medicación y tratamiento<sup>49</sup>.

Así pues, esta modificación de los miembros de la Corte Superior de Justicia es otro elemento que se suma a las cada vez mayores posibilidades que en materia de protección y efectividad de los derechos sociales se van abriendo en Argentina.

---

<sup>48</sup> República de Argentina. Corte Suprema de Justicia. Casos: “N., L. M. y otra c. Swiss Medical Group S.A.”, de 21 de agosto de 2003; “Martín, Sergio Gustavo y otros c. Fuerza Aérea Argentina-Dirección General de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/amparo”, de 8 de junio de 2004.

<sup>49</sup> República de Argentina. Corte Suprema de Justicia. Casos: “Días, Brigida c. Buenos Aires, Provincia de y otros (Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación) s/acción de amparo”, de 25 de marzo de 2003; “Benítez, Vistoria Lidia y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/acción de amparo”, de 24 de abril de 2003; Mendoza, Aníbal c. Estado Nacional s/acción de amparo”, de 8 de septiembre de 2003; “Rogers, Silvia Elena c. Buenos Aires, Provincia de y otros (Estado Nacional) s/acción de amparo”, de 8 de septiembre de 2003; “Sánchez, Enzo Gabriel c. Buenos Aires, Provincia de y otros (Estado Nacional) s/acción de amparo”, de 18 de diciembre de 2003; “Laudicina, Angela Francisco c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/acción de amparo”, de 9 de marzo de 2004; “Sánchez, Norma Rosa c. Estado Nacional y otros s/acción de amparo”, de 11 de mayo de 2004.



## **6. LA PROTECCIÓN Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES DE ECUADOR, VENEZUELA Y BOLIVIA**

---

Las constituciones de Venezuela de 1999, de Ecuador de 1998 y 2008, y de Bolivia de 2009, constituyen la manifestación principal del nuevo constitucionalismo latinoamericano, caracterizado como decía al inicio, entre otros aspectos, por fijar un modelo constitucional de fuerte “activismo económico” por parte del Estado<sup>1</sup> y de protección y justiciabilidad de los derechos sociales, sin precedentes en otras constituciones. Además, la aprobación de estas nuevas constituciones, con excepción de la ecuatoriana de 1998, en el marco de procesos populares de cambio político en favor de aquellas clases sociales y grupos nacionales históricamente marginados, hace que el nuevo estatuto constitucional y legal reconocido a los derechos sociales, vaya acompañado de programas sociales para que estos puedan verse realizados. Señalaré, a continuación, los principales rasgos de los procesos constituyentes ecuatoriano, venezolano y boliviano, así como el nuevo tratamiento que las constituciones de ellos emanadas dan a los derechos sociales.

### **6.1. EL CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO DE LOS PROCESOS CONSTITUYENTES DE VENEZUELA EN 1999, BOLIVIA EN 2006-2009 Y ECUADOR EN 1998 Y 2007-2008**

Tanto en Venezuela, en Bolivia y en Ecuador los últimos procesos constituyentes van de la mano de un contexto de crisis del Estado neoliberal y, con excepción del proceso ecuatoriano de 1998, victoria electoral de nuevos proyectos políticos rupturistas adscritos al deno-

---

<sup>1</sup> 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.

minado “socialismo del siglo XXI”. Veamos, de manera muy rápida, los condicionantes histórico-políticos de cada uno de estos casos.

### 6.1.1. Venezuela

Durante 1999 tuvo lugar el proceso constituyente venezolano que permitió terminar de materializar la voluntad de transformación política y económica que el pueblo venezolano había manifestado con la victoria electoral de Hugo Chávez en diciembre de 1998.

Desde la primera gran manifestación de protesta, el denominado “Caracazo”, en 1989, cuando miles de personas se lanzaron a la calle para expresar su desacuerdo con un sistema corrupto, elitista y marginador, hasta la victoria del candidato del Polo Patriótico<sup>2</sup>, Hugo Chávez Frías, con el 56,20% de los sufragios frente a Henrique Salas Römer, en diciembre de 1998, pasando por los golpes de Estado de 1992 que causaron centenares de muertos e, indirectamente, acabaría con el gobierno de Carlos Andrés Pérez<sup>3</sup>, muchos sectores progresistas de la sociedad venezolana habían reivindicado una reforma del texto constitucional de 1961<sup>4</sup> fijado en el denominado Pacto de Punto Fijo de 1958, donde la élite política del momento, agrupada en los partidos Acción Democrática (AD), Comité de Organización Política Electoral Independiente (COPEI) y Unión Republicana Democrática (URD), resolvió establecer en el país un régimen democrático “centralizado de partidos”, donde el centro de poder se desplazó de los órganos representativos a la cúpula de los tradicionales y corruptos partidos políticos<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> El Polo Patriótico estaba conformado por el Movimiento V República (MVR), el Movimiento al Socialismo (MAS), el Partido Comunista de Venezuela (PCV), Patria para Todos (PPT) y otras cuatro organizaciones menores.

<sup>3</sup> En general, sobre el sistema político anterior y las condiciones que propiciaron su término, ver: R. VICIANO y R. MARTÍNEZ. “Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)”. Ob. cit.

<sup>4</sup> R. COMBELLA. *Derecho Constitucional. Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. McGraw-Hill. Caracas. 2000. pp. 18-19.

<sup>5</sup> Durante la década de los 80 el centro de poder político se ubicó, definitivamente, fuera del gobierno y del aparato de Estado. Se ubicó en la cúpula del partido Acción Democrática que en ese momento dominaba el Ejecutivo, el Congreso y todos los cuerpos deliberantes representativos. La cúpula del partido era quien nombraba como Gobernadores de Estado a sus



Después de tener que librar una dura batalla política y jurídica con la oposición, que calificaba la intención de Chávez de querer activar por vía de referendo una Asamblea Constituyente, de “golpe de Estado Civil”, pues la activación directa del poder constituyente por el pueblo no estaba prevista en la Constitución de 1961, que preveía sólo el mecanismo de enmienda o reforma constitucional por el Congreso, donde Hugo Chávez no tenía mayoría; en febrero de 1999, mediante Decreto Núm.3 de 2 de febrero, el Presidente, usando la legislación ordinaria, en concreto la Ley Orgánica de Sufragio y Participación Política que preveía la figura del referendo consultivo, convocó a consulta popular sobre el establecimiento de una Asamblea Constituyente para la elaboración de una nueva constitución. Consulta que tuvo lugar el 25 de abril de 1999, con más de un 80% de los votos a favor<sup>6</sup>.

Pocos meses después tuvieron lugar las elecciones a constituyentes, donde la formación política oficialista obtuvo la amplia mayoría, y el 3 de agosto se instaló la Asamblea Constituyente. Tras la aprobación del proyecto de Constitución por la Asamblea Constituyente, este se sometió a referendo popular el 15 de diciembre de 1999, obteniendo el apoyo de más del 70% de los votantes, y entrando en vigor el 30 de diciembre de 1999.

---

Secretarios generales Regionales, y quien designaba hasta los Presidentes de cada uno de los Concejos Municipales del país. (A. R. BREWER-CARIÁS. *La Constitución de 1999*. Arte. Caracas. 2000. p. 16).

<sup>6</sup> El 16 de diciembre de 1998, la Junta directiva de una ONG venezolana (Fundación para los Derechos Humanos-Fundahumanos) presentó ante la Corte Suprema de Justicia un recurso de interpretación en relación con el artículo 4 de la constitución (“La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante sufragio, por los órganos del poder público”) y el artículo 181 de la Ley Orgánica de Sufragio y Participación Política, que determinaba que los electores pudieran ser consultados sobre cuestión de especial interés nacional por iniciativa del Presidente de la República o el Presidente del Congreso, con el objetivo de establecer el fundamento jurídico de las posiciones defendidas por el gobierno sobre la activación popular de la Asamblea Constituyente. La Corte Suprema estableció su decisión en la Sentencia núm. 17, de 19 de enero de 1999, en Sala Político-Administrativa, emitida en el sentido defendido por el nuevo gobierno. (Sobre ello, ver: R. MARTÍNEZ. “El proceso constituyente venezolano de 1999: un ejemplo de activación democrática del poder constituyente”. En L. SALAMANCA y R. VICIANO (eds.). *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*. Ob. cit. pp. 25-40.

La entrada en vigor de la Constitución venezolana de 1999 supuso el inicio de una nueva etapa política en Venezuela caracterizada por la implementación de políticas en beneficio de las masas populares olvidadas durante décadas.

### **6.1.2. Bolivia**

En Bolivia, la aplastante victoria electoral del Movimiento al Socialismo (MAS), liderado por Evo Morales, en las elecciones presidenciales de diciembre de 2005 llevó a plantear la apertura de una nueva época de refundación del Estado en Bolivia. Sin embargo, interesa ver esa victoria aplastante no sólo con ojos de la coyuntura, sino entender como ella es producto de una acumulación de luchas sociales.

Es en el año 2000 cuando empiezan las grandes rebeliones sociales en Bolivia. En abril se produce la guerra del agua en Cochabamba, en septiembre las movilizaciones campesinas que visibilizan las dos Bolivias, la urbana y la rural, expuesta a un 91% de pobreza. Esas rebeliones tienen como elemento común el ataque a un sistema político y de partidos marcado por la corrupción, el manejo privado de empresas proveedoras de servicios públicos y el llamado de atención sobre la desigualdad y la inequidad social. Desde esta época, frente al silencio y la deslegitimación de todos los partidos políticos<sup>7</sup>, son los movimientos sociales quienes hablan de los problemas del país y determinan la agenda nacional ubicando en el centro de sus demandas la convocatoria de una asamblea constituyente para refundar el país<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> La deslegitimación y debilitamiento de los partidos políticos se hace patente ya en las elecciones de 2002, en las cuales se verifica un hundimiento de algunos partidos como ADN, UCS y CONDEPA. Quedaron en pie, aunque debilitados, el MNR, MIR y NFR. Pero comenzó a crecer una nueva fuerza política, el MAS, que saca un segundo lugar en las elecciones, con un 20,94% de la votación, a escasos puntos del ganador el MNR, que obtuvo el 22,46% de la votación. (C. TORANZO. *Rostros de la democracia: una mirada mestiza*. Plural. La Paz. 2006. p.36).

<sup>8</sup> El 13 de mayo de 2002, desde Santa Cruz, partió la IV marcha indígena-campesina de tierras bajas demandando la convocatoria de una Asamblea Constituyente para reformar integralmente la Constitución boliviana y transformar estructuralmente el país con la participación de todos los sectores sociales. La marcha constituyó un acontecimiento de gran proyección

En este contexto de crisis y movilización social, el anuncio, en septiembre de 2003, del presidente Gonzalo Sánchez de Losada de entregar a un consorcio extranjero (formado por British Petroleum y Repsol-YPF) la exportación del gas natural de Bolivia, inició una rebelión popular conocida como la guerra del gas (del 8 al 20 de octubre de 2003), que se extendió especialmente en las comunidades aymaras de El Alto en la provincia de La Paz, y que terminó con la expulsión por las masas populares no sólo del gobierno de Gonzalo Sánchez de Losada, del Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR), sino también, de todos los partidos políticos tradicionales, sólo se mantuvieron como organizaciones políticas los movimientos sociales y el MAS que, sin ser un partido político clásico, era la fuerza política y social que aglutinaba a todos los sectores sociales descontentos.

Tras la huida de Sánchez de Losada, el vicepresidente Carlos Mesa asume de manera pasajera el poder aunque, ante la situación de ilegitimidad política en la que se encontraba, dimite en junio de 2005, procediéndose a convocar elecciones presidenciales para diciembre del mismo año.

Tras la victoria electoral de Evo Morales, con un 54% de la votación, frente al 28% de su opositor Jorge Quiroga<sup>9</sup>, se generarán las condiciones de viabilización de la Asamblea Constituyente, la cual empezó a sesionar el 6 de agosto de 2006 en la ciudad de Sucre, con mayoría de asambleístas del partido de gobierno<sup>10</sup>.

---

histórica, ella representó la articulación estratégica de un conjunto de sectores sociales rurales e indígenas, conformando un verdadero bloque socio-político en favor de la Asamblea Constituyente. (C. ROMERO. *El proceso constituyente boliviano. El hito de la cuarta marcha de tierras bajas*. CEJIS. Santa Cruz. 2005. pp.31-32).

<sup>9</sup> Jorge Quiroga se presenta como candidato de una federación de agrupaciones sociales, creada para las elecciones de 2005 y sin historia ninguna, Poder Democrático Social (PODEMOS), que aparece como una agrupación sin un discurso claro de país y cuyo única razón de ser es la oposición, desde la derecha ideológica, a Evo Morales.

<sup>10</sup> Para un análisis más detallado de los antecedentes socio-políticos que dieron lugar a la Asamblea Constituyente véase C. TORANZO. *Rostros de la democracia: una mirada mestiza*. Ob. cit.; ver también: J. DUNKERLEY. *Bolivia: revolution and the power of history in the present*<sup>9</sup>. Institute for the Study of Americas. Londres. 2007.

La Asamblea Constituyente de Bolivia sesionó durante un año y cuatro meses, conformándose como uno de los procesos constituyentes más largos de los últimos años<sup>11</sup>. Con el objetivo de terminar con el bloqueo en el que se encontraba la aprobación de la Constitución, en agosto de 2007, se creó un Comité Político Supra-partidario, con sede en La Paz, que permitiera llegar a puntos de consenso entre las diferentes fuerzas políticas y aprobar un texto constitucional. Ante la imposibilidad de encontrar acuerdos y por tanto, el fracaso de este Comité, disuelto en agosto de 2007, el MAS y los pequeños partidos de izquierda aliados, en 4 sesiones de la Asamblea Constituyente, realizadas en menos de dos semanas, aprobaron el nuevo proyecto de Constitución, sin la participación de la oposición.

En respuesta, los departamentos de oriente controlados por la oposición de derechas crearon en diciembre las Asambleas Autonómicas Provisionales que aprobaron Estatutos de autonomía departamentales contradictorios con el proyecto de Constitución aprobado por

---

<sup>11</sup> Las causas que hicieron alargar tanto en proceso constituyente fueron, principalmente, bloqueos de tipo procedimental. De los 16 meses que duró la Asamblea Constituyente solo se contabilizan 5 meses de trabajo normal. El trabajo de la asamblea estuvo paralizado 11 meses por diversos motivos, algunos de los más importantes fueron: el debate político sobre la forma de votación, mayoría absoluta o dos tercios, y el carácter de la Asamblea Constituyente, originario o derivado, el cual tomó siete meses, de agosto de 2006 a febrero de 2007, y supuso una fractura en dos de la sociedad boliviana aun no superada; la falta de organización del trabajo en comisiones; los bloqueos violentos de actores externos a la Asamblea (Comité Cívico de Santa Cruz por su disconformidad con la propuesta de régimen de autonomía departamental o el Comité Cívico de Chuquisaca con respecto al no reconocimiento de Sucre como sede de todos los poderes del Estado); o, el papel desestabilizador de los medios de comunicación. La prensa dio una amplia cobertura a la Asamblea Constituyente, la cual ocupó la cuarta parte del total de noticias políticas y un titular cada dos días en todos los periódicos del país durante 500 días, pero siempre tomando como eje informativo a los conflictos y medidas de presión, con el objetivo de agudizarlos, y silenciando absolutamente los debates internos de la asamblea y las propuestas ciudadanas. Ello, contrastado con una falta absoluta de estrategia comunicativa propia de la Asamblea Constituyente para promover un debate ciudadano informado sobre la reforma estatal, fue otro elemento de deslegitimación de la Asamblea Constituyente ante gran parte de los ciudadanos. (Ver: PNUD. *Reforma estatal y proceso constituyente en Bolivia*. PNUD. Quito, febrero de 2008).

el MAS, lo que hizo inevitable el quiebre del proceso constituyente boliviano.

En este contexto, Bolivia pasó a encontrarse con la existencia de diversos textos jurídicos incompatibles entre ellos, el proyecto de Constitución por un lado y los Estatutos de autonomía, por otro, con nichos de legitimidad parcial cada uno de ellos, que reproducen la brecha oriente-occidente, lo que suponía una situación de difícil resolución.

Un intento de solución del Ejecutivo fue promover la convocatoria, aprobada por el Congreso mediante Ley Núm. 3850 de referendo revocatorio de mandato popular, de 12 de mayo de 2008, de una consulta popular sobre la revocatoria o continuidad de la gestión del Presidente y Vicepresidente de la República, en circunscripción nacional, y de los Prefectos de Departamento, en circunscripción departamental<sup>12</sup>. El objetivo de la consulta era medir el apoyo de sus respectivos proyectos, revocar prefectos opositores y por tanto, desencallar la situación de deslegitimidad parcial, mediante el fortalecimiento de la legitimidad del gobierno y la deslegitimación del proyecto de algunos prefectos opositores.

Sin embargo, el referendo revocatorio no hizo cambiar la situación. El soberano expresó su voluntad abrumadoramente a favor de la ratificación de Evo Morales en la Presidencia y Álvaro García Linera en la Vicepresidencia, con un 67,41% del voto. Ello representa un incremento de más de 10 puntos porcentuales en comparación al 53.7 por ciento con el que fue electo mandatario en diciembre de 2005. Evo Morales alcanzó así una legitimidad nunca antes obtenida por otro jefe de Estado en la historia del país. No obstante, también fueron ratificados los prefectos opositores de los departamentos que integran la llamada “media luna” autonomista: Santa Cruz, Rubén Costas, con 66.43%; Beni, Ernesto Suárez, con 64.25%; Tarija,

---

<sup>12</sup> De acuerdo con el artículo 2.II de la Ley, para la aplicación de la revocatoria de mandato de las autoridades sometidas a referendo revocatorio, se requería: a) una votación superior al porcentaje de la votación obtenida en la última elección por la autoridad objeto de la revocatoria; y, b) un número de votos superior al total obtenido en la última elección por la autoridad objeto de la revocatoria (Ley núm. 3850, de 12 de mayo de 2008 sobre referendo revocatorio de mandato popular. Gaceta Oficial de Bolivia, 2008-05-12, núm. 0109).

Mario Cossío, con 58.06%; y Pando, Leopoldo Fernández, con 56,21%. Incluso, según datos preliminares, la mayoría de los electores en tres de estos departamentos (Santa Cruz, Tarija y Beni) votaron en contra de la ratificación de Evo Morales y García Linera<sup>13/14</sup>.

Ante la situación de relegitimación de los dos proyectos enfrentados, el constitucional y el autonomista, y en un clima de fuertes episodios de violencia impulsados por la oposición que amenazaba con una guerra civil, la misma noche del domingo el Presidente boliviano lanzó un mensaje destinado a garantizar la necesaria unidad del país mediante el diálogo. Concretamente, anunció que procuraría consensuar, dentro del marco de la legalidad, la nueva Constitución Política, aprobada por la Asamblea Constituyente, con los estatutos autonómicos aprobados por las Asambleas Autonómicas Provisionales. Para ello, expresó su disposición a trabajar conjuntamente con los prefectos ratificados. Esta decisión se vió también, en gran parte, determinada por el hecho de que el MAS no tenía la mayoría suficiente en el senado para poder aprobar la ley de convocatoria de referendo constitucional, lo que le obligaba a tener que ceder en la reforma de algunos artículos del texto aprobado por la Asamblea Constituyente para lograr los votos de la oposición necesarios para convocar a referendo mediante ley<sup>15</sup>.

A partir de ahí, se creó una comisión de negociación gobierno-oposición para consensuar un proyecto de Constitución. Está se reunió, primero en el Hotel casa campestre de Cochabamba, en octubre de 2008, y posteriormente, en el Congreso, en noviembre-diciembre de 2008. Esta comisión modificó alrededor de unos 100 artículos del proyecto previamente aprobado, en diciembre de 2007, por la Asamblea Constituyente, y diseñó el texto final que se sometió y aprobó en referéndum popular, el 25 de enero de 2009<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Ver: Corte Nacional Electoral. Bolivia: <http://www.cne.org.bo/resultados-rr08/resultadosrr08.htm>

<sup>14</sup> Por otra parte, fueron revocados los mandatos de los prefectos opositores de Cochabamba, Manfred Reyes Villa, que recibió aproximadamente un 35% de votos, y de La Paz, José Luis Paredes, que sólo obtuvo cerca de un 36% de sufragios (Ibid.).

<sup>15</sup> Ley núm. 3942 de Convocatoria de Referendo Constitucional de 21 de octubre de 2008.

<sup>16</sup> Las actas de la comisión negociadora gobierno-oposición para la redacción del proyecto constitucional final y los cambios introducidos por esta al pro-

### 6.1.3. Ecuador

Si bien durante la década de los setenta y ochenta, los sindicatos eran los principales actores políticos y confrontativos de la sociedad, el proceso de desindustrialización, flexibilización laboral y políticas de ajuste neoliberal, deterioraron el accionar de estas organizaciones y permitieron el surgimiento, en los años noventa, de nuevos actores sociales, la punta de lanza de los cuales será el movimiento indígena, representado en la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), y su brazo político Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País, creado en 1995. El movimiento indígena ha tenido una activa participación en la lucha social del Ecuador, durante los últimos años, tuvo un papel fundamental en la caída del ex-Presidente Abdala Bucaram, en 1997, y en la convocatoria de una consulta popular, en 1997, para convocar una Asamblea Constituyente.

Sin embargo, los resultados en las elecciones a asambleístas, no fueron muy buenos para Pachakutik ni los sectores progresistas en general (Izquierda Democrática, Partido Socialista, Movimiento Ciudadanos Nuevo País, Movimiento Popular Democrático, PRE e independientes), y favorecieron, en cambio, a los partidos de derecha que obtuvieron una clara mayoría. Entre el Partido Social Cristiano, la Democracia Popular y el FRA, que era el partido del Presidente Alarcón, alcanzaron 39 votos de un total de 70 y controlaron la mesa directiva de la constituyente.

A pesar de ello, hay que reconocer que la Constitución surgida en 1998, mantuvo algunos de los rasgos principales que había inaugurado la Constitución colombiana de 1991<sup>17</sup>, e incluso subrayó algunos más<sup>18</sup>.

---

yecto inicial, pueden verse en: C. ROMERO, C. BÖRTH y R. PEÑARANDA. *Del conflicto al diálogo. Memorias del acuerdo constitucional*. FES-ILDIS/FBDM. La Paz. 2009.

<sup>17</sup> No sólo los formales, como la extensión o la complejidad del articulado, sino también materiales, entre ellos la extensión del catálogo de derechos sociales y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, la aparición de instrumentos, aún incipientes, de democracia participativa, etc.

<sup>18</sup> Como la especial referencia a grupos vulnerables de población o la extensa regulación del sistema de seguridad social (R. VICIANO y R. MARTÍNEZ. "El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano". Ob. cit. pp. 63-64).

Los ecuatorianos pretendieron transformar su país pero encargaron a los actores políticos tradicionales esta misión. El resultado fue una constitución que defraudó las expectativas sociales, y respecto a la cual, ante la sospecha bien fundada de que la ciudadanía no aprobaría el texto que salió de la Asamblea Constituyente, se evitó la legitimación directa del pueblo ecuatoriano mediante referendo, aprobándose la constitución sin ratificación popular. En realidad, desde la percepción social ecuatoriana, la constituyente de 1998 no cumplió debidamente con su tarea y, por ello, la convocatoria de una Asamblea Constituyente ha continuado siendo todavía, durante los últimos años, una reivindicación del pueblo<sup>19</sup>.

El 26 de noviembre de 2006 la población ecuatoriana acudió a las urnas para elegir en segunda vuelta al actual Presidente Rafael Correa, candidato de la recién formada coalición electoral denominada “País”<sup>20</sup>, que ganó las elecciones, con un 56,67% de los sufragios<sup>21</sup>, frente al otro candidato, el empresario Álvaro Novoa del Partido Renovador Institucional Acción Nacional (PRIAN). La principal bandera de campaña de Correa había sido convocar a una Asamblea Constituyente con plenos poderes, previa consulta con la ciudadanía.

Una vez tomó posesión, el 15 de enero de 2007, su primer acto de gobierno fue convocar por decreto a una consulta ciudadana para decidir sobre la realización de la Asamblea Constituyente (Decreto Núm. 2)<sup>22</sup>, la cual se llevó a cabo el 15 de abril de 2007, con un re-

---

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Durante los últimos años el Movimiento Pachakutik ha sufrido un gran debilitamiento, fruto de sus luchas internas entre los diversos grupos que lo conformaban, de un alejamiento de sus dirigentes con las masas populares, y de su apoyo inicial, al menos durante los primeros seis meses de gobierno, al corrupto Presidente Lucio Gutiérrez, del Partido Sociedad Patriótica (PSP). En este contexto, surge en Ecuador una nueva coalición electoral, que aglutina diversos sectores de la izquierda, denominada “País” que gana las elecciones presidenciales de 2006 y se convierte en el nuevo referente de la izquierda ecuatoriana. El Movimiento Pachakutik obtuvo unos resultados desastrosos en la elecciones presidenciales de 2006, así como también, en las elecciones a la Asamblea Constituyente, donde obtuvo sólo 4 asambleístas.

<sup>21</sup> Tribunal Supremo Electoral. Resultados Elecciones Presidenciales. Consulta en línea: [http://www.tse.gov.ec/Resultados2006\\_2v/](http://www.tse.gov.ec/Resultados2006_2v/)

<sup>22</sup> Posteriormente a través del Decreto Ejecutivo núm. 54 (Registro Oficial No. 12, 31/01/07) se realizaron reformas al estatuto de convocatoria a la



sultado favorable a la Constituyente de 81,72%<sup>23</sup>. El proceso para elegir constituyentes se llevó a cabo el 30 de octubre de 2007, con un resultado muy favorable al movimiento político del presidente. La coalición “País” obtuvo 80 de los 130 asambleístas que conformarían la Constituyente. Y, finalmente, el 29 de noviembre de 2007, se instaló la Asamblea Constituyente en Ciudad Alfaro, parroquia de Montecristi, provincia de Manabí.

Tras cerca de 8 meses de trabajo, el 25 de julio de 2008 la Asamblea aprueba el nuevo proyecto de Constitución, que fue sometido a referendo y ratificada popularmente el 28 de septiembre de este mismo año.

## 6.2. ESTADO SOCIAL E INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Tanto las constituciones de Ecuador de 1998 y 2008, de Venezuela de 1999 y de Bolivia de 2009, definen el Estado con la fórmula de “Estado Social”<sup>24</sup>. En todos los casos, aunque en menor grado en la Constitución ecuatoriana de 1998, estos textos constitucionales definen un régimen económico caracterizado por reconocer la economía de mercado pero, a la vez, garantizando una fuerte regulación e intervención del Estado en los asuntos económicos<sup>25</sup> de acuerdo con los objetivos de justicia social, justa distribución de la riqueza

---

Asamblea Constituyente y, finalmente, el texto sometido a referéndum, en una versión codificada, fue el del Decreto Ejecutivo No. 148 del 26/02/07.

<sup>23</sup> Tribunal Supremo Electoral. Resultados Referéndum 2007. Consulta en línea: <http://www.tse.gov.ec/Resultados2007/>

<sup>24</sup> Cada uno de estos textos usan fórmulas distintas para definir el Estado, aunque todas incorporan el término “social”. La Constitución ecuatoriana de 1998 habla de un “Estado social de derecho” (art. 1), la venezolana de 1999 de “Estado democrático y Social de derecho y de justicia” (art. 2), la boliviana de 2009 de “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario” (art. 1) y la Constitución de Ecuador de 2008 de “Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático...” (art. 1).

<sup>25</sup> Este mantenimiento de la economía de mercado, mezclado con el fuerte intervencionismo estatal, se manifiesta claramente en el artículo 299 de la Constitución de Venezuela, que al definir el sistema económico nacional hace referencia tanto a la “libre competencia”, la “eficiencia” y la “productividad”, fines directamente relacionados con una economía de mercado,

y desarrollo integral de las personas fijados en los mismos textos (art. 3 de la Constitución ecuatoriana de 1998, art. 3 y 299 de la Constitución de Venezuela, art. 9 de la Constitución boliviana y art. 3 de la Constitución ecuatoriana de 2008). Este fuerte intervencionismo económico estatal para la consecución de los objetivos citados, se manifiesta en varios aspectos de las constituciones señaladas.

Uno, la función social de la propiedad privada. De acuerdo con este principio, imperante en la mayoría de países latinoamericanos, el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, sino todo lo contrario, un derecho sometido a limitaciones de carácter legal. En los arts. 32 y 33 de la Constitución ecuatoriana de 1998, art. 115 de la Constitución venezolana, art. 57 de la Constitución boliviana y art. 323 de la Constitución ecuatoriana de 2008, se hace mención a un tipo particular de restricción del derecho de propiedad privada para “ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo”<sup>26</sup>; la expropiación, que implica la extinción de la propiedad sobre un determinado bien, el cual su titular debe traspasar al Estado forzosamente mediando, generalmente, indemnización<sup>27</sup>. Otro tipo particular de restricción de la propiedad privada es la que estas constituciones imponen al régimen latifundista de propiedad de la tierra. Los art. 267 de la Constitución ecuatoriana de 1998, art. 307 de la Constitución Venezolana, art. 398 de la Constitución boliviana, y art. 282 de la Constitución ecuatoriana de 2008, implican la condena y prohibición del latifundio y la distribución de la tierra entre los campesinos. Además, la Constitución venezolana, en el Capítulo de derechos económicos, la Constitución ecuatoriana de 2008 en su artículo 335, y la Constitución boliviana en el artículo 315, recogen la prohibición de monopolios, de oligopolios y de cartelización, e incluso, en algunos casos, abren mandato constitucional a distintas figuras del derecho penal económico en

---

como a la “justicia social”, la “solidaridad”, el “desarrollo humano integral”, etc.

<sup>26</sup> Art. 323 Constitución Ecuador 2008.

<sup>27</sup> A.R. BREWER-CARÍAS. *Estudios sobre la Constitución*. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1979. T.II. pp. 1172-1173.

torno a delitos económicos tales como la especulación, la usura y los ilícitos económicos en general<sup>28</sup>.

Dos, la planificación de la economía. La planificación económico-social se prevé en los arts. 254 y 255 de la Constitución ecuatoriana de 1998, asimismo, en base al artículo 112 y 299 de la Constitución el Estado venezolano puede hacer uso de medidas para “planificar, racionalizar y regular la economía” garantizando la participación democrática y la consulta abierta en la planificación estratégica. La Constitución boliviana, en su artículo 316, fija como funciones del Estado en la economía: “conducir el proceso de planificación económica y social, con participación y consulta ciudadana (...)”, así como “conducir y regular, conforme con los principios establecidos en esta Constitución, los procesos de producción, distribución, comercialización y consumo de bienes y servicios, y ejercer la dirección y el control de los sectores estratégicos de la economía”. En Ecuador, la nueva Constitución de 2008, el Capítulo II del Título VI (Régimen de Desarrollo), establece el “Sistema nacional descentralizado de planificación participativa”, sus instrumentos y órganos (arts. 279 y 280), al que se articulará el “sistema nacional de inclusión y equidad social”, que es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que deben asegurar el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución, especialmente los sociales, y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo (art. 340).

Tres, la reserva de algunas actividades económicas a la actividad estatal. Bajo el régimen de las nuevas constituciones los Estados venezolano, boliviano y ecuatoriano se reservan determinadas actividades económicas referentes a la explotación, industrialización y comercialización de recursos naturales (minerales, hidrocarburos, agua, suelo y subsuelo, bosques, etc.), así como otros servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico (art. 302 de la Constitución venezolana; art. 349.1, 351.1 y 356 de la Constitución boliviana; y, arts. 313 a 318 de la Constitución ecuatoriana de 2008)<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> El art. 114 de la Constitución venezolana habla de cómo las conductas mencionadas e incluso “otros delitos conexos” serán “penados severamente de acuerdo a ley”.

<sup>29</sup> En Bolivia sí bien el artículo 139 de la Constitución de 1967 ya reconocía la propiedad de los hidrocarburos para el Estado y la prohibición de conferir la

En determinados aspectos y casos, la reserva de algunas de estas actividades económicas para el Estado no excluye de manera absoluta la participación en ellas del sector privado, sí la somete a restricciones especiales como, para poner un caso, cuando en Venezuela el Estado

---

propiedad de los mismos por vía de concesión o contrato, así como la reserva para el Estado de la exploración, explotación, comercialización y transporte de los hidrocarburos y sus derivados, esta disposición fue violada por el Decreto Supremo núm. 24806 de 4 de agosto de 1997, dictado en secreto por el Presidente Gonzalo Sánchez de Lozada, por el que se aprobó el “Modelo de Contrato de Riesgo Compartido”, a ser suscrito por la empresa estatal Yacimientos Petroleros Fiscales de Bolivia (Y.P.F.B) y las empresas petroleras, para la exploración y explotación de los hidrocarburos bolivianos. La cláusula tercera de este Modelo disponía que los hidrocarburos, al ser extraídos y llegar a boca de pozo, cambian de propiedad, esto es que ya no son propiedad del Estado boliviano sino que son propiedad de la empresa explotadora. Además de ello, esta cláusula daba la facultad a las empresas transnacionales de “disponer” de la producción obtenida. Con esta facultad, las empresas podían decidir libremente a quién vender los hidrocarburos, a qué precio vender e inclusive por dónde venderlos.

Por ejemplo, gracias a este decreto que entregaba la propiedad y la disposición de los hidrocarburos, las empresas transnacionales podían decidir, como lo amenazaron, no vender su producción a los bolivianos y venderla al extranjero (esta amenaza de las empresas transnacionales se hizo pública en los medios de comunicación, ver por ejemplo la edición de “La Prensa” del 13 de agosto de 2003).

Frente a este Decreto, los diputados del MAS, entonces en la oposición, interpusieron recurso de inconstitucionalidad argumentando que el Decreto Supremo 24806 vulneraba el citado artículo 139 de la Constitución, y los art. 59.7, que establece que el Poder Legislativo deberá autorizar expresamente mediante una ley, la enajenación de los bienes nacionales, y el art. 59.5, que señala que el Poder Legislativo deberá autorizar y aprobar también los contratos de explotación de las riquezas nacionales.

Con el gobierno de Evo Morales finalmente se procede, mediante el Decreto Supremo núm. 28.702 de 1 de mayo de 2006, a la nacionalización de los hidrocarburos. Y, la nueva Constitución de 2009 reconoce la propiedad de los bolivianos sobre los hidrocarburos y la administración de los mismos (producción y comercialización) por el Estado (art. 359).

También en Bolivia, en el 2007, mediante los Decretos Supremos núm. 29.101 de 23 de abril y núm. 29.544 de 1 de mayo, se produce la nacionalización del sector de las telecomunicaciones, recuperando el Estado el 97% de las acciones de ENTEL S.A., empresa que, después de ser privatizada durante los años 90 y cuyas ganancias estaban en manos de la transnacional Euro Telecom Italia (ETI), pasa a ser nuevamente propiedad del Estado y sus beneficios de todos los bolivianos y bolivianas.

califica cierta actividad como servicio público, por ejemplo, transporte aéreo y educación, en este supuesto, la actividad en cuestión “es sometida a un régimen especial dirigido a salvaguardar las condiciones de prestación del servicio y, en consecuencia, se somete también al empresario ejecutor de la actividad a controles y restricciones”<sup>30</sup>. O, cuando la Constitución ecuatoriana de 2008 establece la posibilidad de empresas privadas de participar en los sectores estratégicos y servicios públicos en el marco de empresas mixtas, pero siempre con minoría accionaria con respecto al Estado (art. 316).

Y, cuatro, en el caso de la Constitución venezolana encontramos otro elemento expresión del intervencionismo estatal en la economía, es el otorgamiento al Presidente de facultades legislativas extraordinarias en materia económica. Esta era una medida ya prevista en la anterior Constitución de 1961, en cuyo artículo 190.8 otorgaba al Presidente de la República posibilidades de dictar decretos-leyes, entre otros casos, cuando el Congreso nacional lo autorizara, a través de ley habilitante especial, para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera. Aunque este régimen presentaba un carácter extraordinario, los gobiernos que se sucedieron durante la vigencia de la Constitución de 1961 hicieron uso frecuente de esta atribución<sup>31</sup>. La Constitución de 1999 prevé igualmente esta posibilidad (art. 236.7 y 236.8), aunque para permitir legislar al Presidente exige condiciones más rigurosas y restrictivas que en la constitución anterior. Exige, al menos, tres quintas partes de los votos de la Asamblea Nacional (art. 203), antes sólo bastaba mayoría absoluta. Igualmente, es necesario establecer las “directrices, propósitos y marcos de las materias que se delegan al Presidente”, antes no era necesario<sup>32</sup>. A finales de 2001, el gobierno venezolano aprobó una serie de decretos leyes por vía de habilitación especial del legislativo que tuvieron como propósito general actualizar las regulaciones vigentes, racionalizar un conjunto de actividades económicas, fomentar y proteger intereses colectivos en las áreas de hidrocarburos,

---

<sup>30</sup> R. BADELL. “Consideraciones acerca de las normas constitucionales en materia económica”. En J.M. CASAL y A. CHACÓN (eds.). *El nuevo derecho constitucional venezolano*. UCAB. Caracas. 2000. pp. 235-282.

<sup>31</sup> Ibid. 261.

<sup>32</sup> R. MAGALLANES. “La Constitución económica de la República Bolivariana de Venezuela”. En R. VICIANO y L. SALAMANCA (eds.). *Sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*. Ob. cit. pp. 556-557.

pesca, agricultura, explotación y tenencia de la tierra, etc., en total fueron un conjunto de 49 leyes que provocaron una dura reacción de las asociaciones patronales llegando incluso a amenazar la estabilidad del gobierno<sup>33</sup>.

En resumen, no cabe duda que la redefinición del papel del Estado en la economía que estas constituciones suponen, manifiesta una voluntad política de potenciar mayores niveles de justicia social y redistribución de la riqueza, esto es, mayores niveles de aseguramiento de los derechos sociales a todos los ciudadanos.

### **6.3. LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS NUEVAS CONSTITUCIONES DE VENEZUELA, BOLIVIA Y ECUADOR: IGUAL JERARQUÍA, INDIVISIBILIDAD Y CLÁUSULA ABIERTA**

Uno de los aspectos que caracteriza las cuatro nuevas constituciones, entre otros, es la reactivación de los derechos sociales como derechos “de primera”, plenamente protegidos y justiciables, y al mismo nivel y jerarquía que los civiles y políticos.

#### ***6.3.1. Reconocimiento pleno e igual jerarquía de los derechos sociales***

Un primer elemento a destacar es la superación de la distinción entre derechos fundamentales (civiles y políticos) y derechos no-fundamentales (sociales) y la catalogización de todos los derechos sin distinción como derechos de igual jerarquía, todos con el mismo rango o categoría, esto es como derechos que vinculan en igual manera al Estado y a los particulares.

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

---

<sup>33</sup> Ibid. p. 548.

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, como veremos a lo largo de este capítulo, 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”.

En Ecuador, la Constitución de 1998, ubica en distintos Capítulos dentro del Título III (“Derechos, deberes y garantías”), a los distintos grupos de derechos: derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y colectivos<sup>34</sup>. Este Título III de la Constitución no usa el término de “derechos fundamentales” sino simplemente el de “derechos”. No obstante, sí que en otros puntos de la constitución se usa el concepto de “derechos fundamentales” para referirse a los derechos reconocidos en el Título III, por ejemplo, en el artículo 96, referido

---

<sup>34</sup> La Constitución de Ecuador de 1998 contiene una formulación realmente exhaustiva y completa en su articulado social, hasta el punto de constituir uno de los textos más ambiciosos en el constitucionalismo comparado. Sin embargo, la causa de ello sería un intento de limitar las presiones populares del movimiento social constituyente sobre el modelo económico. Habría un desbordamiento de derechos sociales a cambio de una Constitución económica abierta, según el pacto articulado entre la partidocracia clásica y las nuevas fuerzas sociales constituyentes (F. PALACIOS. “La ruptura constitucional del Estado precario: los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo iberoamericano. La especificidad del modelo venezolano”. En *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*. Fundación CEPS. Valencia. España. Núm. 14. 2006. p. 92).

a la función de defensa de los mismos por el Defensor del Pueblo<sup>35</sup>, pero considerando a todos los grupos de derechos como fundamentales y, por tanto, sin establecer jerarquías. Esta igual jerarquía de los diferentes grupos de derechos se repite en la nueva Constitución ecuatoriana de 2008, que agrupa a todos estos derechos en el Título II (“Derechos”), en este nuevo texto en ninguna parte se habla de “derechos fundamentales”, sino simplemente de “derechos”. Además, el nuevo texto de 2008 presenta el elemento simbólico que, a diferencia del orden de enumeración de los derechos previsto en casi todas las constituciones del mundo, las cuales empiezan el listado de derechos con los llamados derechos individuales civiles y políticos, lo cual visualiza una prelación que refleja las opciones políticas que subyacen el modelo liberal, invierte el orden y inicia el catálogo de derechos con los derechos sociales, a los que llama “derechos del buen vivir” (Título II Capítulo segundo) —cuyos sistemas, instituciones, programas, políticas, servicios, etc. para hacerlos efectivos se encuentran desarrollados en el Título VII (“Régimen del buen vivir”)— y “derechos de las personas y grupos de atención prioritaria” (Título II Capítulo tercero), y lo cierra con los derechos civiles, a los que denomina “derechos de libertad” (Título II Capítulo sexto) y “derechos de protección” (Título II Capítulo octavo).

En el mismo sentido, la Constitución bolivariana de Venezuela de 1999 reconoce también, los derechos civiles, los derechos políticos y del referendo popular, los derechos sociales y de las familias, los derechos culturales y educativos, los derechos económicos, los derechos de los pueblos indígenas y los derechos ambientales, en distintos capítulos dentro de un mismo título conjunto, el Título III “De los Derechos humanos y garantías, y de los deberes”, no usando tampoco, la expresión de “derechos fundamentales” sino la de “derechos humanos”<sup>36</sup>. La Constitución de Venezuela no sólo contribuye a

---

<sup>35</sup> Este artículo establece: “Habrá un Defensor del Pueblo (...) para (...) defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza”.

<sup>36</sup> A parte de las razones que estoy señalando en este trabajo de porque los citados textos constitucionales no usan la expresión de “derechos fundamentales” sino de “derechos” o “derechos humanos”, que son las razones que se debatieron en el seno de las respectivas asambleas constituyentes, mucho se ha discutido en la literatura sobre si existe o no existe alguna diferencia entre los términos de “derechos humanos” y “derechos fundamentales”. En



la protección y justiciabilidad de los derechos sociales por la vía de otorgarles igual jerarquía que los derechos civiles o políticos, sino,

---

ocasiones se ha argumentado que el sentido de este cambio de nombre lo encontramos en la contradicción hombre-ciudadano. De modo general, es ciudadano de un país todo aquel que no es extranjero, todo aquel que en el ámbito de un sistema jurídico determinado, posee ciudadanía, en sentido técnico-jurídico. Al hablar de derechos humanos, se atribuye la titularidad de los derechos a “todas” las personas, sin hacer distinción por razón de ciudadanía o nacionalidad, con ello se supera la común antinomia entre derechos fundamentales y ciudadanía presente en muchas constituciones donde es el elemento de la ciudadanía lo que otorga derechos y genera obligaciones y en base a la cual muchos inmigrantes por razón del anclaje de tales derechos a las fronteras estatales de la ciudadanía y por los límites que les imponen las leyes contra la inmigración, ven negados sus derechos fundamentales (Ver: “Study on obstacles to effective access of irregular migrants to minimum social rights”. Consejo de Europa. Estrasburgo. 2005). Este es un problema destinado a convertirse en explosivo, en muchos países, con el crecimiento de la globalización y de las presiones migratorias y, a ser, si no se supera, fuente permanente de exclusión. (La antinomia entre derechos fundamentales y ciudadanía ha sido tratada por L. FERRAJOLI en *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta. Madrid. 2006; así como en “Derechos Fundamentales” (pp. 40-44) y “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho” (pp.172-180), ambos incluidos en: G. PISARELLO y A. DE CABO (eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales: Luigi Ferrajoli*. Trotta. Madrid. 2005).

Aunque, a pesar de esta argumentación, hay que decir que ni el llamar a los derechos de la carta “Derechos humanos” no implica que no hayan determinados límites en el reconocimiento de derechos para los extranjeros, la propia Constitución venezolana establece límites a los derechos políticos de los extranjeros sin ciudadanía (art. 39, 40, 41 y 64), ni tampoco, que el llamarlos “Derechos fundamentales”, tiene que implicar que estos no se reconozcan a los no-ciudadanos del país en cuestión, en la Constitución colombiana de 1991 usa la expresión “derechos fundamentales” y en su artículo 13 establece que “todas las personas (...) gozan de los mismos derechos sin ninguna discriminación por razón de (...) origen nacional (...)”. Por tanto, pocas son las diferencias entre las dos denominaciones.

A nivel internacional, la “Declaración de Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven”, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 40/144 de 13 de diciembre de 1985, reconoce a las personas “ilegales” residentes en un país del que no son nacionales, el derecho a unas condiciones de trabajo seguras y saludables, a un salario justo e igual remuneración para igual trabajo [art. 8(1)(g)], el derecho de sindicalización [art. 8(1)(b)], y ciertos derechos a la asistencia sanitaria, seguridad social, servicios sociales, educación

además, por el mayor desarrollo del contenido de cada uno de ellos, así como de sus indicadores y del papel del Estado para el logro de su satisfacción<sup>37/38</sup>. Como dice C. Aponte, la ampliación del articula-

---

y descanso [art. 8(1)(c)]. Bajo el artículo 9, ningún extranjero puede ser arbitrariamente privado de sus bienes legalmente adquiridos, y de acuerdo con el artículo 5.1.g, tienen el derecho de enviar al extranjero sus ganancias, ahorros u otro tipo de activos monetarios, sujetos a la reglamentación monetaria nacional. Sin embargo, muchos derechos sociales y económicos importantes no están reconocidos, como el derecho al trabajo o a un nivel adecuado de vida. Otros derechos son mencionados pero con cláusulas que los limitan.

Por otro lado, y en otro sentido, otros autores como J.J. Gomes Canotilho o A. Pérez Luño afirman que los “derechos humanos” suelen entenderse como un conjunto de facultades e instituciones que, de manera atemporal, es decir, válidas en todos los tiempos y todos los lugares, concretan las exigencias de dignidad, de libertad y de igualdad humana; en cambio, por “derechos fundamentales” suelen entenderse aquellos derechos humanos garantizados por un ordenamiento jurídico positivo histórico-concreto, en la mayoría de los casos en su normativa constitucional, y que gozan de una tutela reforzada. (Ver: J.J. GÓMEZ CANOTHILO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina. Coimbra. 1998. p. 359; y, A.M. D'ÁVILA. *Os directos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre. 2001. pp. 41-42).

<sup>37</sup> En este sentido incorpora o amplía, y desarrolla, en concordancia con normas internacionales en la materia, el derecho a la vivienda (art. 82), a la salud (art. 83), a la seguridad social (art. 86), al trabajo (art. 87), a la igualdad de oportunidades en el trabajo (art. 88), al salario suficiente (art. 91), a las prestaciones sociales (art. 92, 93), a la estabilidad laboral (art. 93), a la huelga (art. 97), a la libertad sindical (art. 95), a la educación (art. 102), a la tierra (art. 307), la protección a la familia y a la adopción (art. 75), a la maternidad y la paternidad (art. 76), al matrimonio (art. 77), de niños y jóvenes (art. 79), de ancianos (art. 80), de discapacitados (art. 81), entre otros. (Ver: M. PÉREZ. “El sistema de derechos humanos en la Constitución de 1999”. En R. VICIANO y L. SALAMANCA (eds.). *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*. Ob. cit. p. 199).

<sup>38</sup> Si bien la nueva Constitución del 99 supone un mayor desarrollo de todos los derechos sociales, el texto constitucional fue tímido con respecto al derecho a la alimentación, excluyéndolo del Título III, de los derechos humanos y garantías, para colocarlo en el Título VI, del sistema socio-económico, optando por garantizar la “seguridad alimentaria de la población” y no el derecho de las personas a estar protegidas contra el hambre. Según el precepto constitucional, la seguridad alimentaria está a su vez constituida por dos garantías: la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente del “público consumidor”.

do de derechos sociales en la Constitución “no es en sí misma buena o mala, pero puede considerarse que, en el caso de la explicitación de los derechos particulares de los grupos vulnerables, se ha generado un avance representado por las mayores oportunidades para que esos derechos sean objeto de atención pública, de procesos de planificación estatal o de formulación de políticas y leyes”<sup>39</sup>. Esta extensión, casi reglamentaria, de los derechos sociales, que se da también en las constituciones de Ecuador y Bolivia, si bien no sería aceptable desde la puridad de la técnica constitucional ortodoxa, es algo que responde a las condiciones, necesidades y objetivos de las nuevas constituciones y sus respectivas sociedades. Necesidades que tienen que ver: a) con que los distintos poderes se vean obligados a darle más eficacia a derechos que se concretan; b) con la generación de un modelo integral que aúne de forma completa las distintas generaciones para conectar una función técnico-constitucional con la realidad social; y, c) con una función didáctica e integradora en unas sociedades con altas tasas de analfabetismo y un muy alto analfabetismo funcional en cultura cívica<sup>40</sup>.

**a) La propuesta de diferenciar entre derechos fundamentales y fundamentalísimos en Bolivia: la alimentación, el acceso al agua, la educación, la asistencia sanitaria, la vivienda y los servicios básicos como “Derechos fundamentalísimos”**

En el caso de Bolivia, la Constitución anterior de 1967 hacía una breve referencia, en el Título primero (“Derechos y deberes Fundamentales”), de la Parte primera de la Constitución (“La perso-

---

La orientación parece ubicarse más en el terreno de los derechos de los consumidores, con lo cual se podría dejar por fuera a sectores sin capacidad económica de consumo. (Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA). *Informe anual: situación de los derechos humanos en Venezuela*. Caracas. 2000. p. xxviii).

<sup>39</sup> C. APONTE. “Los derechos sociales y la Constitución de 1999: ¿nuevas garantías o espejismos?”. En T. MAINGON (ed.). *La cuestión social en la Constitución Bolivariana de Venezuela*. CENDES. Caracas. 2000. p. 119.

<sup>40</sup> F. PALACIOS. “La ruptura constitucional del Estado precario: los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo iberoamericano. La especificidad del modelo venezolano”. Ob. cit. p. 105.

na como miembro del Estado”), conjuntamente con el reconocimiento de los derechos civiles, a los derechos a la salud (art. 7.a), a “recibir instrucción y adquirir cultura” (art. 7.e), a una remuneración justa por el trabajo (art. 7.j), y a la seguridad social (art. 7.k)<sup>41</sup>, pero el resto de derechos del trabajo como el propio derecho a tener un trabajo, los derechos a la estabilidad laboral, a la huelga, a descansos semanales y anuales remunerados, a indemnización por tiempo de servicios, a tener asegurados los medios de subsistencia y rehabilitación en caso de accidente laboral o invalidez, a maternidad, así como otros derechos sociales como vivienda o asignaciones familiares, no aparecían, ni siquiera como “derechos”, sino que aparecían en el Título II (Régimen social), de la Parte tercera (Regímenes Especiales), como materias o “contingencias” (art. 158.II) que deben ser reguladas por la ley<sup>42</sup>.

A diferencia del texto anterior, la Constitución de 2009 no sólo reconoce como derechos sociales lo que en la Constitución de 1967 eran meras “contingencias” y añade muchos otros derechos sociales anteriormente no previstos en la Constitución, sino que además otorga a los derechos sociales igual jerarquía y protección jurídica que a los derechos civiles y políticos.

La Constitución boliviana reconoce todos los grupos de derechos<sup>43</sup> en distintos capítulos aunque todos agrupados bajo el paraguas común del Título II.

En el texto aprobado en el pleno de la Asamblea Constituyente, en su última sesión el 9 de diciembre de 2008, este Título II se titulaba “Derechos Fundamentalísimos, Derechos Fundamentales

---

<sup>41</sup> Los derechos políticos no aparecen dentro del Título primero (Derechos y deberes fundamentales) sino que se recogen, también en la Parte primera pero dentro del Título tercero (Nacionalidad y ciudadanía), Capítulo II (ciudadanía), con lo cual no se definen como derechos fundamentales sino como derechos de ciudadanía (art. 40-42).

<sup>42</sup> La única excepción de los derechos citados, es el derecho a la huelga que, si bien se reconoce, no como derecho fundamental sino en el Título de Régimen Social, dentro de la Parte tercera de Regímenes especiales, si es definido como un “derecho” (art. 159.II).

<sup>43</sup> Los derechos civiles y políticos (Capítulo tercero), los derechos de las naciones y pueblos indígenas (Capítulo cuarto), los derechos sociales y económicos (Capítulo quinto), los derechos culturales y a la educación (Capítulo sexto) y los derechos de comunicación (Capítulo séptimo).

y garantías”, aunque después de las negociaciones hechas en el Congreso entre el MAS y los partidos de la oposición, entre las cosas que se cambiaron, una fue el nombre de este Título II, que ha pasado a llamarse “Derechos fundamentales y garantías”. Mediante este cambio desaparece por tanto, la diferenciación entre derechos fundamentalísimos y derechos fundamentales que el texto salido de la Asamblea establecía<sup>44</sup>. ¿Cuál era la razón de ser de esta diferencia entre derechos fundamentalísimos y fundamentales establecida por la Asamblea Constituyente?, y ¿porqué los partidos de la derecha condicionaron su consenso a la retirada de esta diferenciación?

Aunque a primera vista, viendo aquellos derechos calificados como fundamentalísimos: el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15), al agua y a la alimentación (art. 16), a la educación (art. 17), a la asistencia sanitaria (art. 18), a una vivienda adecuada (art. 19) y a servicios básicos (art. 20) y los calificados como fundamentales, el resto, la diferencia podía parecer responder a la voluntad de fijar una especie de jerarquía de protección de derechos basada en la famosa teoría de la jerarquía de necesidades elaborada por A. Maslow o M. Max-Neef y desarrollada posteriormente por otros autores como M. Nussbaum y A. Sen, según la cual debe fijarse una diferencia entre determinados “bienes” y “capacidades” que, desde lo que estos autores llaman un punto de vista “primario”, no “derivado”, ayudan a que

---

<sup>44</sup> Si nos fijamos en el actual texto vemos que el Título II de los derechos fundamentales, empieza nombrando un conjunto de derechos civiles y sociales mezclados, sin clasificación alguna (derecho a la vida, a la integridad física, a la educación, la asistencia sanitaria, la vivienda, etc.), y a continuación, en diversos capítulos, clasifica y diferencia a los derechos en distintos grupos (derechos civiles y políticos, derechos colectivos, derechos sociales y económicos, etc.), cuando lo lógico sería que los derechos nombrados de forma mezclada al inicio fueran incorporados respectivamente en su capítulo correspondiente, el derecho a la vida y a la integridad física dentro del capítulo de derechos civiles, el derecho a la vivienda dentro del capítulo de derechos sociales y económicos, etc. Ello se explica porque estos derechos que aparecen mezclados al inicio, en el texto salido de la Asamblea Constituyente se agrupaban bajo el título de derechos fundamentalísimos y a continuación venían los derechos fundamentales, clasificados en distintos grupos. Fruto de las negociaciones en el Congreso lo que se hizo fue eliminar la categoría de derechos fundamentalísimos sin recolocar lo que antes eran derechos fundamentalísimos en su lugar, por eso se mantienen sin demasiada lógica como un grupo independiente al inicio y fuera de la clasificación en grupos de derechos que fija el texto.

la vida de una persona pueda ser mejor. Por ejemplo, desde un punto de vista “primario”, nos dicen, los alimentos o tener una vivienda ayudan mucho más a que la vida de alguien sea mejor que un frasco de perfume<sup>45</sup>. De un análisis detallado del texto, observábamos que esto no es así, y que el proyecto de Constitución boliviano otorgaba un tratamiento absolutamente igual para todos los derechos. Igualdad que quedaba explicitada en tres puntos principales del texto: el artículo 13.I donde se establece el principio de indivisibilidad e interrelación de los derechos reconocidos en la Constitución. En el mismo artículo 13, apartado III, que para evitar cualquier duda posible que todavía pudiera haber, afirma: “La clasificación de derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros”. Y, en el artículo 109, el cual reconoce aplicabilidad directa e igual justiciabilidad de todos los derechos, sin distinción.

Entonces, si no existía ningún tipo de diferencia en el tratamiento que el texto daba a los derechos fundamentalísimos y a los fundamentales, ¿cual era la razón de ser de esta clasificación? Se trataba de una distinción que debía activarse y producir efectos en la interpretación judicial en casos de conflicto de derechos constitucionales. La división en derechos fundamentalísimos y fundamentales no era más que un criterio de interpretación constitucional para el caso de conflicto entre derechos constitucionales.

El establecimiento de un criterio de interpretación de este tipo tiene especial sentido en la sociedad boliviana actual por dos razones: a) la frecuencia de conflictos de derechos en sociedades en proceso de transformación social; y, b) la tradición conservadora del Tribunal Constitucional y los jueces en Bolivia.

i) *La frecuencia de conflictos de derechos en sociedades en proceso de transformación social*

Al ser hoy Bolivia una sociedad en proceso de transformación social hacia un modelo de redistribución de las tierras y la riqueza es mucho más común que ocurran frecuentes situaciones de conflicto

---

<sup>45</sup> Ver: M. NUSSBAUM y A. SEN (eds.). *The quality of life*. Clarendon Press. Oxford. 1993.

de derechos constitucionales, que no en otras sociedad como la de Estado Unidos, por ejemplo. En la actualidad, uno de los principales conflictos que vive el país, por ejemplo, es el conflicto de la propiedad y la ocupación de tierras.

Hay muchos casos sobre esta materia, pero para hacer referencia a uno de los más recientes. En el 2007, la familia Urquidi, propietaria de un latifundio ocioso con gran cantidad de hectáreas situado en el departamento de Oruro, interpuso un recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional de Bolivia, contra los líderes del “Movimiento sin techo”, alegando que el 6 de marzo de 2006, alrededor de dos mil personas identificadas como miembros de este movimiento, ocuparon su propiedad y construyeron allí viviendas en las que estaban viviendo; y, solicitando le fuera restituido su derecho constitucional a la propiedad privada, a través del desalojo inmediato de las personas asentadas en el territorio y de la demolición de las viviendas construidas por estas personas.

Nos encontramos pues, en un caso de conflicto de derechos, propiedad privada v. vivienda, que podría ser resuelto de distintas maneras. En aplicación de la Constitución boliviana de 1967, la propiedad privada era un derecho fundamental reconocido en el artículo 7.i) y garantizado explícitamente en el artículo 22, mientras que el derecho a la vivienda era un derecho que no gozaba de reconocimiento ni de protección constitucional como tal. Por tanto, no le costó mucho al Tribunal Constitucional boliviano resolver a favor del primero, dictando resolución concediendo el amparo constitucional y disponiendo que los recurridos y “quienes les secundaban” en la ocupación de tierras procedieran a su desocupación inmediata<sup>46</sup>. Los derechos, entre otras cosas, están hechos para resolver conflictos entre partes, cuando una parte tiene un derecho y la otra no, la reivindicación de la primera prevalece sobre la de la segunda.

Pero qué pasa en casos donde la Constitución otorga derechos de igual rango a ambas partes en conflicto, en este caso, al derecho de propiedad y al derecho a una vivienda. ¿Cuál de los dos derechos es justificable? y, por tanto, ¿cuál de los dos derechos debe ser vulnerado?

---

<sup>46</sup> Bolivia, Tribunal Constitucional, Sentencia constitucional 0660/2007-R, de 31 de julio de 2007.

A pesar de que existen teorías que niegan o minimizan la existencia de conflictos de derechos, en este sentido tenemos la famosa posición defendida por R. Dworkin de que existe siempre una “moralidad política” que da en todos los casos una “respuesta de derecho” correcta para cada ocasión<sup>47</sup>, o de R. Alexy de que cuando dos derechos fundamentales compiten, el Tribunal Constitucional puede equilibrar la situación y dar una solución buena para ambas partes<sup>48/49</sup>, la práctica demuestra que en la mayoría de ocasiones, el juez acaba por proteger el derecho de una de las partes y vulnerar el de la otra<sup>50</sup>, produciéndose los que W.N. Eskridge y S. Levinson llaman una situación de “tragedia constitucional”<sup>51</sup>.

¿Cuales son las estrategias de que disponen los jueces para solventar estos conflictos entre derechos constitucionales?

Aunque existen varias estrategias o criterios de interpretación y una amplia literatura sobre estos<sup>52</sup>, a modo general, podemos decir que los jueces estudian el caso a partir de una evaluación de la “importancia” o el “peso” de cada uno de los derechos en conflicto, por ejemplo ¿la libertad de expresión es más importante que la privaci-

---

<sup>47</sup> R. DWORKIN. “No right answers?”. En P.M.S. HACKER y J. RAZ (eds.). *Law, Morality and Society*. OUP. Oxford. 1978. pp. 58-84.

<sup>48</sup> Ver: L. ZUCCA. *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. Oxford University Press. Oxford. 2007. p. 5.

<sup>49</sup> Otros autores que defienden que nunca se puede dar una situación de conflicto de derechos, por el hecho de que los derechos no están basados en intereses, son: R. MARTIN. *A System of Rights*. Clarendon Press. Oxford. 1993; R. NOZICK. *Anarchy, State and Utopia*. Blackwell. Oxford. 1974; H. STEINER. “The Structure of A Set of Compossible Rights”. En *Journal of Philosophy*. 74. 1977. pp. 767-775.

<sup>50</sup> Como señala J. Waldron, si los derechos son entendidos en el marco de la teoría de los intereses propuesta por J. Raz, los conflictos entre derechos son, en mayor o menor medida, inevitables. Ver: J. WALDRON. “Rights in conflict”. En *Ethics*. 99. 1989. pp. 503-519.

<sup>51</sup> W.N. ESKRIDGE y S. LEVINSON (eds.). *Constitutional Tragedies and Constitutional Stupidities*. New York University Press. Nueva York. 1998.

<sup>52</sup> E.W. Bockenforde diferencia entre cinco modelos teóricos de interpretación de los derechos fundamentales: la teoría liberal, la teoría democrático-funcional, la teoría institucional, la teoría axiológica y la teoría socio-estatal (Ver: E.W. BOCKENFORDE. “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”. En *Escritos sobre derechos Fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 1993. p. 57).



dad, o al revés? Tomar esta decisión implica una concepción sobre el derecho, que no es positiva sino ideológica. Clásicamente se entendió que para interpretar se tenía que tener un método que permitiese descubrir el sentido de la norma, depositando, durante muchos años, grandes esperanzas en la lógica, la interpretación era percibida fundamentalmente como un problema lógico. Sin embargo, está hoy en claro, como ha teorizado la llamada “jurisprudencia sociológica”<sup>53</sup>, que en el razonamiento de los jueces hay mucho más que lógica, hay también elementos de “no-derecho” que son muy importantes y que son, al fin y al cabo, elementos ideológicos<sup>54</sup>.

La concepción que, en base a sus concepciones ideológicas, el juez tenga entorno a los derechos fundamentales influirá de manera determinante en la priorización de uno u otro de los derechos en conflicto. Una interpretación liberal de los derechos fundamentales, por ejemplo, basada en la idea rawlsiana de justicia, difícilmente nunca otorgaría prioridad al derecho a la vivienda sobre el derecho a la propiedad.

En el caso de que hubiera regido el proyecto constitucional, tal y como salió de la Asamblea Constituyente, la propiedad (derecho fundamental) debería haber sido restringida, en tanto la restricción no exceda el límite de lo razonable, a favor del derecho a la vivienda (derecho fundamentalísimo) de aquellas personas que prueban que no tienen donde vivir ni recursos para comprar vivienda. Evidentemente, que en el conflicto de derechos se resuelva a favor de uno de las partes, no quiere decir que la otra parte deje de poseer el derecho de propiedad ni que la propiedad no sea un derecho universal.

---

<sup>53</sup> Los orígenes o antecedentes de la llamada “jurisprudencia sociológica” debemos ubicarlos a inicios del siglo XX, en: la Escuela del derecho libre en Europa, cuyos principales representantes fueron E. Ehrlich con “Metodología de la Ciencia del Derecho” (1913) y H. Kantorowitz con “La lucha por la Ciencia del Derecho (1906); y, en el Movimiento del realismo legal en USA, cuyos principales impulsores fueron J. Frank con “Law and the modern mind” (1930) y K.N. Llewellyn. (Ver: A. NOGUERA. *El Derecho en la legitimación del poder. Del constitucionalismo liberal clásico a la crisis del derechos constitucional*. Ob. cit. pp. 25-27; y, J.G. MURPHY y L. COLEMAN. “Legal Realism”. En J. BANDFIELD y D.L. MOORE (eds.). *Readings in Law and Society*. Captus Press. Canada. 1999. pp. 24-26).

<sup>54</sup> C. RESTREPO. *La interpretación constitucional como problema*. UNAM. México. 2004. p. 40.

ii) *La tradición conservadora del Tribunal Constitucional y los jueces en Bolivia*

Quizá fijar estos criterios de interpretación progresista de la constitución, a favor de los más desfavorecidos, tendría poco sentido en Colombia donde el trabajo a favor de los derechos sociales por la Corte Constitucional ha quedado claramente manifestado en un capítulo anterior, pero sí es importante en Bolivia donde el Tribunal Constitucional y los jueces siempre han sido conservadores.

Si algo ha caracterizado, durante las últimas décadas, las cortes en Bolivia no ha sido precisamente su activismo en favor de los menos favorecidos y en la protección de los derechos sociales. Uno de los factores que ha propiciado esta situación es la larga tradición, en el país, de subordinación y lealtad de los jueces a los intereses del poder político y económico, tanto a nivel nacional como local.

El retorno de la democracia en 1982, no sirvió para fortalecer la independencia judicial, sino para que los partidos políticos colocaran a su gente y aseguraran lealtades políticas en las cortes de alta jerarquía. Como resultado, la Corte Suprema, por ejemplo, ha sido parte de un gran número de conflictos políticos en el Congreso. Lo mismo sucede en las cortes locales<sup>55</sup>. Si bien durante los años 90, especialmente con la reforma constitucional de 1994, se adoptaron un conjunto de reformas que perseguían reducir la dependencia judicial<sup>56</sup>, la percepción pública generalizada continua siendo que aquello que determina el sentido de los hechos en base a los cuales los jueces toman sus decisiones, son criterios políticos y no jurídicos<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> P. DOMINGO. "Weak Courts, Rights and Legal Mobilisation in Bolivia". En R. GARGARELLA, P. DOMINGO y T. ROUX (eds.). *Courts and Social Transformation in New Democracies*. Ob. cit. p. 240.

<sup>56</sup> La reforma constitucional de 1994 creó nuevas instituciones de reorganización del poder judicial, instituciones como el Tribunal Constitucional, el Consejo de Judicatura, el Defensor del Pueblo o el Fiscal General. Además, reformó el mecanismo de nombramiento de los miembros de la Corte Suprema, estableciendo un mecanismo de nombramiento por dos tercios de los votos de los miembros del Congreso, lo cual en principio debería reducir las presiones políticas sobre sus magistrados.

<sup>57</sup> Ver: G. BURGO. "Hacia un Estado de derecho? Relato de un viaje inconcluso". En J. PRATS (ed.). *El desarrollo posible, las instituciones necesarias*. IIG. Barcelona. 2003. pp. 225-308; E. GAMARRA. *The System of Justice in Bolivia: An Institutional analysis*. Center for the Administration of Justice.

Una de las medidas adoptadas por la reforma constitucional de 1994, fue la creación del Tribunal Constitucional que pasó a asumir la función de control de constitucionalidad hasta ese momento ejercida por la Corte Suprema de Justicia. Aunque el Tribunal Constitucional boliviano sí ha sido activo en la protección de las libertades civiles y el debido proceso, especialmente en casos de justicia penal, desde sus inicios desarrolló jurisprudencia para corregir la larga tradición de detenciones policiales ilegales<sup>58</sup>, o el número de casos, en procesos penales, donde el acusado no tenía acceso a un abogado<sup>59</sup>, lo cual no deja de ser importante, no se puede decir lo mismo para el caso de los derechos sociales.

El carácter conservador del Tribunal Constitucional en Bolivia se puso de manifiesto con la dura oposición que esta institución realizó, durante los últimos años, contra el nuevo gobierno de Evo Morales. Primero fue el enfrentamiento entre el Presidente y el Tribunal Constitucional, a raíz de la designación por parte del primero, de acuerdo con la facultad que le otorgaba el artículo 96.16<sup>60</sup> de la Constitución de 1967, por medio de decreto y de forma temporal mientras el poder Legislativo, que estaba en receso, no los nombrara, de cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia<sup>61</sup>. Ante esta designación, el Tribunal Constitucional emitió sentencia, declarando inconstitucional el decreto y cesando de sus funciones a los magistrados designados por el Presidente.

Fruto de este episodio se inició una guerra entre Ejecutivo y Tribunal Constitucional que dio lugar al inicio de un juicio de responsabilidades iniciado por el Gobierno por el fallo que inhabilitó a

---

Miami. 1991; E. RODRIGUEZ. "Legal Security in Bolivia". En J. CABTREE y L. WHITEHEAD (eds.). *Towards democratic viability: the Bolivian experience*. Palgrave. Houndmills. 2001.

<sup>58</sup> Bolivia, Tribunal Constitucional, Sentencia 313/99-R, 421/99-R, 431/99-R, 092/00-R.

<sup>59</sup> Bolivia, Tribunal Constitucional, Sentencia 0305/2003.

<sup>60</sup> Art. 96.16 Constitución boliviana de 1967: "Son atribuciones del Presidente de la República: (...) nombrar interinamente, en caso de renuncia o muerte, a los empleados que deban ser elegidos por otro poder cuando éste se encuentre en receso".

<sup>61</sup> Los cuatro magistrados designados fueron: Zacarías Valeriano Rodríguez (Tarija), Bernardo Bernal Callapa (Oruro), Carlos Jaime Villarroel Ferrer (La Paz) y Wilfredo Ovando Rojas (Cochabamba).

los cuatro magistrados de la Corte Suprema designados por decreto. Produciéndose seguidamente y, como forma de boicot de esta institución al Gobierno, la renuncia de cuatro de los magistrados del Tribunal Constitucional, quedando Silvia Salame como única magistrada.

Esta última como única magistrada, intentó frenar la celebración del referendo revocatorio para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República y de los prefectos que convocó Evo Morales para el 10 de agosto de 2008, después de que algunos meses antes algunas encuestas daban por ganador al Presidente y Vicepresidente de la República y por revocados algunos prefectos opositores. A raíz de una demanda de inconstitucionalidad contra el referendo revocatorio interpuesta por el diputado opositor Arturo Murillo, de Unidad Nacional (UN), la magistrada Salame, ante la imposibilidad de poder emitir sentencia de inconstitucionalidad por falta de quórum, emitió un decreto ordenando, sin éxito, a la Corte Nacional Electoral frenar el proceso hasta que el Tribunal cuente con todos los magistrados que necesite y analice el tema de fondo.

En consecuencia, estas eran las razones que se perseguían cuando la Asamblea Constituyente estableció en el texto la diferencia entre derechos fundamentalísimos y fundamentales, fijar criterios de interpretación para los jueces en situaciones de conflicto de derechos, que permitieran proteger los derechos de los más débiles social y económicamente frente a los más fuertes.

Sin embargo, esta denominación de fundamentalísimos a un grupo de derechos, desapareció fruto de una exigencia de los partidos de oposición en las últimas negociaciones y revisión del proyecto constitucional, por parte del Congreso, antes del referendo constitucional. Ahora bien, la exigencia de la oposición de eliminar el concepto de derechos fundamentalísimos, respondió más al simple hecho de que les parecía un término mal sonante o poco jurídico, ajeno a la tradición del constitucionalismo tradicional, que no al hecho de que entendieran realmente cual era la razón de ser y las consecuencias jurídicas de esta clasificación. Lo demuestra el hecho de que lo único que exigieron fue sustituir la palabra “fundamentalísimos” por “fundamentales” las dos veces que aparecía en la carta de derechos, pero sin cambiar la estructura ni la sistemática del Título II de derechos

construido inicialmente por la Asamblea Constituyente alrededor de la lógica de tal diferenciación<sup>62</sup>.

De la mera sustitución del concepto “fundamentalísimos” por “fundamentales” sin cambiar la estructura ni sistemática del título, ha acabado resultando, en la Constitución vigente aprobada por referendo el 25 de enero de 2009, un confuso Título II, titulado: “Derechos Fundamentales y garantías”, en el interior del cual hay los siguientes capítulos: Derechos Fundamentales (Capítulo segundo —antes fundamentalísimos—), Derechos civiles y políticos (Capítulo tercero), Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (Capítulo cuarto), y Derechos sociales y económicos (Capítulo quinto y sexto).

Con la cual cosa, lo que antes eran derechos fundamentalísimos, ahora son derechos fundamentales por partida doble, por ubicarse dentro del Título II y a la vez dentro del Capítulo segundo del mismo, por tanto son *Derechos fundamentales-fundamentales*. Y, los que antes eran derechos fundamentales, ahora son derechos fundamentales por partida única, por ubicarse dentro del Título II y fuera del Capítulo segundo del mismo, por tanto son *Derechos fundamentales-no fundamentales*.

Esta nueva clasificación sólo complejiza, de manera importante valga decirlo, el entendimiento de la estructura del Título II de la nueva Constitución boliviana de 2009, pero no rompe la filosofía que persiguió la Asamblea Constituyente inicialmente, que en caso de conflicto de derechos entre un derecho clasificado como fundamentalísimo o, ahora, *fundamental-fundamental*, y un derecho fundamental o, ahora, *fundamental-no fundamental*, se deba proteger siempre el primero. Especialmente, si tenemos en cuenta que el art. 196.1 establece que el Tribunal Constitucional aplicará como criterio de interpretación de la Constitución, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones.

---

<sup>62</sup> Los miembros de la comisión se olvidaron, sin embargo, de eliminar la palabra “Fundamentalismo” del art. 373.1, en la última parte de la Constitución, que continua estableciendo: “El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo (...)”.

## **b) El reconocimiento explícito de los derechos sociales para los trabajadores del sector informal**

Es importante destacar también, la mención explícita que estos nuevos textos constitucionales, especialmente el boliviano y la nueva Constitución de Ecuador de 2008, otorgan en su articulado al denominado sector informal. En muchas ocasiones, la tesis generacional de los derechos, parece sugerir que en cada generación de derechos, estos se reconocieron de manera generalizada a todas las personas. Sin embargo, la historia de las políticas sociales modernas se ha caracterizado, entre otros aspectos, por su carácter limitado y excluyente tanto desde el punto de vista espacial como de los sujetos afectados por ellas<sup>63</sup>. Así, el reconocimiento de los derechos sociales modernos en el llamado constitucionalismo social incluyó a aquel grupo de trabajadores de la economía “formal”, pero ha dejado, tradicionalmente, al margen determinados colectivos sociales como trabajadores del sector informal, campesinos, etc., lo cual hace inaceptable aquellas lecturas de los derechos basadas en una universalización abstracta de los mismos, ignorando o minimizando las jerarquías existentes en el interior de los grupos sociales<sup>64</sup>. La extensión del trabajo informal en el continente latinoamericano es muy grande (para 2004, en Colombia, Ecuador, Bolivia, Paraguay y Perú la incidencia del sector informal era de poco menor o superior al 60%)<sup>65</sup>, conformando estos trabajadores los grandes olvidados de los derechos sociales.

Si bien las constituciones de Ecuador de 1998 y de Venezuela de 1999, establecen la obligación de protección por parte del Estado de las distintas formas comunitarias y autogestionadas de trabajo<sup>66</sup>,

---

<sup>63</sup> G. PISARELLO. *Los derechos sociales y sus garantías*. Ob. cit. pp. 30.31.

<sup>64</sup> Ibid. p. 31.

<sup>65</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Panorama laboral para América Latina y el Caribe 2005* (Avance primer semestre). Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. Lima.

<sup>66</sup> La Constitución ecuatoriana de 1998 fija la obligación del Estado de proteger la “empresas comunitarias o de autogestión, como cooperativas, talleres artesanales, juntas administradoras de agua potable y otras similares, cuya propiedad y gestión pertenezcan a la comunidad o a las personas que trabajan permanentemente en ellas, usan sus servicios o consumen sus productos” (art. 246); Asimismo, la Constitución bolivariana de Venezuela obliga también al Estado a la protección de “asentamientos y comunidades

no hacen referencia explícita a los trabajadores cuentapropistas del sector informal. Sí se referirán, en cambio, a ellos la Constitución boliviana de 2009 y la Constitución de Ecuador de 2008.

En este sentido, la Constitución boliviana de 2009, en su artículo 46.II señala: “El Estado protegerá el trabajo en todas sus formas”, y en el 47.II: “Las trabajadoras y los trabajadores de pequeñas unidades productivas urbanas o rurales, por cuenta propia, y gremialistas en general, gozarán por parte del Estado de un régimen de protección especial, mediante una política de intercambio comercial equitativo y de precios justos para sus productos, así como la asignación preferente de recursos económicos y financieros para incentivar su producción”. Además, en el artículo 51.VII fija el derecho de los trabajadores por cuenta propia a organizarse para la defensa de sus intereses.

En la misma dirección, la Constitución ecuatoriana de 2008 en su artículo 325, referido a las modalidades de trabajo, reconoce como sectores sociales productivos a todos los trabajadores, independientemente de si trabajan “en relación de dependencia o de forma autónoma, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano”. Todas ellas gozan de reconocimiento y protección del Estado, el art. 329 señala: “Se reconocerá y protegerá el trabajo autónomo y por cuenta propia realizado en espacios públicos (...). Se prohíbe toda forma de confiscación de sus productos, materiales o herramientas de trabajo”. Asimismo, también reconoce el derecho de los trabajadores por cuenta propia a organizarse (art. 326.7).

A parte del reconocimiento de derechos laborales a los trabajadores del sector informal, estas constituciones hacen también referencia a las personas, normalmente mujeres, dedicadas sólo al trabajo doméstico. Los artículos 88 de la Constitución venezolana, y 34 y 333 de la Constitución ecuatoriana de 2008, establecen explícitamente el derecho a la seguridad social de las personas que realizan “trabajo no remunerado en el hogar”. Los artículos 37 de la Constitución de Ecuador de 1998 y el 338 de la boliviana de 2009 hacen también un reconocimiento retórico al trabajo del hogar.

---

de pescadores artesanales” (art. 305), “de cooperativas, empresas familiares o cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo” (art. 308) y de “la artesanía e industrias populares de la nación” (art. 309).

### 6.3.2. *La indivisibilidad e interdependencia de los derechos*

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

Como señala G. Pisarello, 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. 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 reivindicarlo<sup>67/68</sup>.

El propio Comité de Naciones Unidas para los DESC recurre al principio de indivisibilidad o interdependencia de los derechos humanos al afirmar que “la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes”<sup>69</sup>. Para P. Häberle, “la intensificación de las prestaciones estatales, como las que se ofrecen en caso de necesidad, enfermedad y desempleo, todas ellas “pequeñas libertades”, son sin embargo, *conditio sine qua non* para la realización de las “grandes libertades” políticas que reseña la Ley Fundamental”<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> G. PISARELLO. *Los derechos sociales y sus garantías*. Ob. cit. pp. 40-41.

<sup>68</sup> Ver también: A. EIDE y A. ROSAS. “Economic, social and cultural rights: a universal Challenge”. En A. EIDE, C. KRAUSE y A. ROSAS. *Economic, Social and Cultural Rights: a handbook*. Ob. cit. p. 17; A. CANÇADO TRINDADE. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Editorial jurídica de Chile. Santiago. 2001. pp. 98-99.

<sup>69</sup> *Instrumentos internacionales de derechos humanos*. Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Documento del Centro de Información de Naciones Unidas. pp. 98-99.

<sup>70</sup> P. HÄBERLE. *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Tecnos. Madrid. 2002. p. 170.



Este principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos se encuentra reconocido explícitamente en las nuevas constituciones de Ecuador, Venezuela y Bolivia.

Aunque la Constitución de Ecuador de 1998 no establecía este principio de manera expresa, la nueva Constitución de 2008, en el artículo 11.6, afirma: “Todos los principios y los derechos fundamentales son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

Asimismo, el artículo 19 de la Constitución bolivariana de Venezuela de 1999 dice: “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. (...)”. Además, y como ejemplo de indivisibilidad de los derechos, el artículo 83 de la Constitución venezolana hace del derecho a la salud un desarrollo necesario del primigenio derecho a la vida<sup>71</sup>.

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

Este principio de indivisibilidad e interdependencia 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—<sup>72</sup>, no está sin embargo explícitamente recogido en la mayoría de constituciones latinoamericanas previas a la

---

<sup>71</sup> Art. 83 Constitución Venezuela 1999: “La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. (...)”.

<sup>72</sup> 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.

Venezolana y mucho menos, en la mayoría de constituciones europeas actuales, las cuales se basan, en cambio, en una interpretación atomista y fragmentada de los derechos.

Los defensores de una interpretación atomista o fragmentada de los derechos fundamentales, han sustentado tradicionalmente su posición desde dos direcciones: la visión neo-kantiana y la visión liberal de la fragmentación de los derechos.

La diferencia entre estas dos visiones atomistas está en la fundamentación que cada una de ellas otorga a los derechos fundamentales. Para la primera, como veremos, 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, sí está en la dignidad humana, aunque se basa en una concepción “amputada” o “reduccionista” de dignidad humana.

### **a) La visión neo-kantiana de la fragmentación de los derechos**

Partiendo de las concepciones imperantes en el individualismo iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, de las que nació la teoría de la “relación intersubjetiva”, que consideraba el derecho como el acuerdo entre dos o más voluntades individuales, Kant lo definía como “el conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio de uno puede ponerse de acuerdo con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad”<sup>73</sup>, autores como F.K. Savigny o, W.N. Hohfeld, inspirador de lo que en la actualidad es el análisis neo-hohfeldiano de los derechos<sup>74</sup>, han desarrollado su teoría<sup>75</sup> sobre la idea de que no existe un concepto previo, genérico e uniforme, de

---

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.

<sup>73</sup> E. KANT. *Metafísica dei costumi*. Utet. Torino. 1956. p. 407. Citado por N. BOBBIO. *Teoría General del Derecho*. Debate. Madrid. 1993. p. 26.

<sup>74</sup> Ver: G.W. RAINBOLT. *The concept of Rights*. Springer. Dordrecht (Holanda). 2006. pp. 1-6.

<sup>75</sup> Los dos ensayos más famosos de W.N. Hohfeld fueron publicados en 1913 y 1917, y han sido re-editados en W.N. HOHFELD. *Fundamental Legal*

derecho, sino que cada derecho puede entrañar diferentes beneficios o deberes en función del caso. En unas ocasiones un derecho puede entrañar el deber de respetar a otra persona, en otras ocasiones el mismo derecho puede entrañar la permisibilidad para llevar a cabo determinadas acciones, en otras para validar el ejercicio, por parte del titular del derecho, de una acción legal, etc. Por tanto, no existe una definición genérica previa de derecho sino que estos surgen y se concretan en el marco de relaciones bilaterales, de disputas específicas entre dos partes. “La plena manifestación de un derecho se da cuando la autoridad judicial interviene, en un caso concreto, para reconocer su existencia”<sup>76</sup>. Esto hace, afirma Hohfeld, que los derechos no puedan analizarse genéricamente, pues en este estado no existen plenamente, sino que exijan de una interpretación “aislada” e “independiente” en cada caso concreto, que es cuando el derecho se concreta. Los derechos surgen o encuentran su fundamento en dar remedios a enfrentamientos concretos entre partes.

De acuerdo con esta última concepción, sería incorrecto hablar de que yo tengo derecho, en general, a no ser violado, lo que yo tendría sería una serie de diferentes derechos contra distintos individuos. Tendría un derecho contra ti de que no debes violarme, un derecho contra el vendedor de la tienda de zapatos de la esquina de que no debe violarme, otro contra el amigo de mi primo de que no debe violarme, etc.<sup>77</sup>.

Este modelo de interpretación aislada de los derechos ha sido criticado y desmontado por otros autores como D.N. MacCormick<sup>78</sup>, o por H. Steiner<sup>79</sup>, quienes niegan que los derechos sean fruto o tengan su fundamento en relaciones bilaterales, sino que los derechos son

---

*Conceptions*. Editado por W.W. COOK y con introducción de W.W. COOK y A.L. CORBIN. Greenwood Press. Westport, Connecticut. 1978.

<sup>76</sup> Ver: J.M. LIGHTWOOD. *The nature of positive law*. Macmillan. London. 1883.

<sup>77</sup> Ver: N.E. SIMMONDS. “Rights at the Cutting Edge”. En M.H. KRAMER, N.E. SIMMONDS y H. STEINER. *A Debate over Rights*. Clarendon Press. Oxford. 1998. p. 151.

<sup>78</sup> Ver: D.N. MACCORMICK. “Rights in Legislation”. En P.M.S. HACKER y J. RAZ (eds.). *Law, Morality and Society*. Clarendon Press. Oxford. 1977.

<sup>79</sup> H. STEINER. “Working Rights”. En M.H. KRAMER, N.E. SIMMONDS y H. STEINER. *A Debate over Rights*. Ob. cit. pp. 235-239.

criterios de dignidad humana genéricos fijados previamente a toda relación o enfrentamiento entre dos partes.

Tal como figuran los derechos en nuestro pensamiento ordinario, nos dice Steiner, son “ítems” o abstracciones genéricas ideales a invocar en casos de lo que el autor llama circunstancias de adversidad (“*adversial circumstances*”). Estas circunstancias, están conformadas por diversos elementos: en primer lugar, por la disconformidad (“*dissegrement*”), elemento que no es condición suficiente para que se de una “*adversial circumstance*”. Y, en segundo lugar, lo que llama el “punto muerto” (“*deadlock*”).

Supongamos que no estoy de acuerdo con la estrategia que el entrenador del Barcelona tiene preparada para el partido del domingo, en lugar de su propuesto 1-4-4-2, por las características del rival que tendrán enfrente considero hubiera sido mejor utilizar un 1-3-5-2. Pero a pesar de que estoy disconforme, de existir “*dissegrement*”, yo no puedo hacer nada para que el domingo cambie la estrategia. Podría si yo fuera el defensa del Barcelona, luego yo podría llevar mi disconformidad a una situación de “punto muerto” (*deadlock*), negándome a hacer lo que dice el entrenador y queriendo hacer otra cosa. Por tanto, un deadlock es cuando dos personas eligen cursos de acción que se contradicen o chocan. Entonces, cada una de las personas enfrentadas recurre a mirar que derecho tiene, “los derechos suplen adversarios por razones”<sup>80</sup>.

Por tanto, la conclusión que de esto podemos sacar es que el contenido general de los derechos no está determinado por ninguna de las prioridades que motivan la disconformidad entre partes adversarias. El contenido general de los derechos es independiente del contenido de los objetivos por los que compiten las partes adversarias. Los derechos fijan unos criterios de dignidad plena de la persona humana en su calidad de personas históricamente determinadas, inmersas en la sociedad<sup>81</sup>, de los que las partes en “*deadlock*” hechan mano, posteriormente, para convertir sus disconformidades en razones. El fundamento de los derechos no es la relación bilateral, sino la dignidad de la persona humana, con lo cual, como decía más arriba,

---

<sup>80</sup> Ibid. p. 237.

<sup>81</sup> G. ROLLA. *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*. UNAM. México. 2002. p. 98.

con el paso de una visión atomista a una visión social de la persona, la indivisibilidad e interrelación de los derechos es una obligación.

## **b) La visión liberal de la fragmentación de los derechos**

La principal diferencia de esta visión con la visión neo-kantiana o las visiones neo-hohfeldianas está en que aquí sí se reconoce como fundamento de los derechos fundamentales a una idea previa de dignidad de la persona humana, aunque reduce la noción de dignidad humana al goce de algunos derechos civiles y políticos. Estos derechos tendrían una mayor conexión con la idea de dignidad mientras que otros como los derechos sociales, mantendrían una mayor distancia en relación a este principio.

Un ejemplo paradigmático de esta posición es J. Rawls. En “A theory of Justice” (1971), J. Rawls usa el caso de un hipotético contrato originario entre los miembros de una comunidad, todavía situados detrás de lo que el autor llama el “velo de la ignorancia”<sup>82</sup>, que deben elegir los principios de justicia que regirán su comunidad. Rawls afirma que ellos distinguirían entre libertades básicas, por un lado, y distribución de ingresos y riqueza, por otro lado, dando prioridad a las primeras. El principal principio de justicia en “A Theory of Justice” son las libertades básicas, esto es: libertad política (derecho a votar y ocupar cargos públicos), derecho de expresión y de reunión, derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia, derecho a la propiedad personal y prohibición de arresto arbitrario. Este primer principio tiene prioridad sobre el segundo principio de justicia (“*the difference principle*”), es decir, la equiparación de las desigualdades económicas y sociales. En consecuencia, nos dice Rawls, en ningún caso el intentar hacer efectivo el segundo principio puede ser una justificación para vulnerar libertades básicas. Las libertades básicas sólo pueden ser restringidas en aras a la libertad<sup>83</sup>.

Esta distinción entre unos derechos civiles más vinculados al principio de dignidad de las personas y otros sociales menos vinculados y, por lo tanto, “atemperables” de acuerdo a lo dispuesto por leyes

---

<sup>82</sup> Esto es, que todavía no conocen nada sobre ellos y su sociedad: su lugar en la sociedad, su estatus o clase social, su inteligencia y capacidades, etc.

<sup>83</sup> J. RAWLS. *The Theory of Justice*. Harvard University Press. 1999.

y tratados, fue utilizada, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional español para definir qué derechos correspondían por igual a nacionales y extranjeros por el sólo hecho de ser personas<sup>84/85</sup>.

En resumen, podemos decir que las constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia, al reconocer el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos, suponen una novedosa superación de la idea de fragmentación de los mismos y una reconstrucción de su integralidad, constituyéndose en textos constitucionales vanguardistas y alineados a la nueva tendencia internacional en este sentido.

### ***6.3.3. La cláusula abierta para el reconocimiento de nuevos derechos***

Estrechamente vinculado con el tema de la concepción integral de la dignidad humana como fundamento de los derechos y la indivisibilidad e interrelación de estos, está el tema de la cláusula abierta reconocida en los artículos 19<sup>86</sup> de la Constitución ecuatoriana de 1998, 22 y 27<sup>87</sup> de la venezolana, 13.2<sup>88</sup> de la boliviana y 11.7<sup>89</sup> de la Constitución ecuatoriana de 2008. Estos artículos señalan que el

---

<sup>84</sup> España, Tribunal Constitucional, Sentencia 99/1985, FJ 2.

<sup>85</sup> G. PISARELLO. *Los derechos sociales y sus garantías*. Ob. cit. p. 40.

<sup>86</sup> Art. 19 Constitución de Ecuador de 1998: “Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”.

<sup>87</sup> Art. 22 Constitución 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”.

<sup>88</sup> Art. 13.2 Constitución de Bolivia de 2007: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.”

<sup>89</sup> Art. 11.7 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

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.

Como afirma M.J. Fariñas Dulce<sup>90</sup>, el concepto de dignidad humana el cual aparece en el fundamento de los derechos fundamentales no es un concepto absoluto o suprahistórico, por tanto, los derechos fundamentales tampoco lo son. Estos deben ser comprendidos, en definitiva, como respuestas históricas a problemas de convivencia, a concretos conflictos y luchas sociales o a diferentes carencias o necesidad humanas, las cuales aparecen también como históricas, relativas, instrumentales y socialmente condicionadas<sup>91</sup>. Dicho en otras palabras, no podemos afirmar que existan derechos naturales, porque éstos son siempre adquiridos mediante diferentes procesos históricos y luchas sociales.

La prueba inequívoca de la historicidad de los derechos humanos está en la evolución, la transformación y la aparición constante de nuevos derechos a lo largo de la historia. Durante las últimas décadas han aparecido nuevos derechos (la nueva Constitución ecuatoriana crea por ejemplo en su Título II Capítulo séptimo (arts. 71-74), los “derechos de la naturaleza”, etc.), pero además, se trata de un proceso no acabado sino abierto en su evolución a la aparición de nuevos derechos, reivindicados por nuevos y alternativos movimientos sociales urbanos, vecinales, ecologistas, campesinos, feministas, etc., no reconocidos todavía por el derecho oficial. Se trataría de los denominados por A. Podgórecki como “*crippled Human Rights*” que, a diferencia de los “*complete Human Rights*”, son meramente verba-

---

que derivados de la dignidad de las personas y los pueblos, sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

<sup>90</sup> Ver. M.J. FARIÑAS DULCE. *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológica-jurídica a la actitud postmoderna*. Dyckinson. Madrid. 2006. pp. 5-8.

<sup>91</sup> Sobre la imposibilidad de establecer un catálogo universal y abstracto de necesidades humanas, ver: M.J. AÑÓN. “Fundamentos de los derechos y las necesidades básicas”. En J. BALLESTEROS (ed.). *Derechos humanos*. Tecnos. Madrid. 1992. pp. 100-115; y M.J. AÑÓN. *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1994.

les, existen en el nivel de las demandas intuitivas pero todavía son ignorados por los aparatos legales oficiales<sup>92</sup>.

Por tanto, a diferencia de la concepción iusnaturalista<sup>93</sup>, 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 naturales<sup>94</sup>, las constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia parten de una concepción dinámica de los derechos, reconociendo la posibilidad de nuevos derechos en el catálogo de derechos fundamentales, dando con ello especial relevancia al ámbito jurisprudencial en un ámbito tan potencialmente polivalente como el de los derechos sociales.

#### 6.4. JUSTICIABILIDAD Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES

Ya desde el inicio del trabajo hemos dicho que derechos sin garantías son “derechos irreales”. En el caso de los textos constitucionales que estamos analizando en este capítulo, la protección y justicia- bilidad de los derechos sociales viene dada por diferentes tipos de garantías.

La Constitución de Ecuador de 1998 reconoce las garantías constitucionales en el Capítulo 6 del Título III (“Derechos, deberes y garantías), la venezolana en el Capítulo I del Título III (“De los derechos humanos y garantías y los deberes”), y la boliviana en el Título

---

<sup>92</sup> A. PODGÓRECKI. “towards a Sociology of Human Rights”. En V. FERRARI (ed.). *Laws and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of law for ninth Centenary of the University of Bologna*. Giuffré. Milán. 1991. p. 421; Sobre esta visión que defiende la imposibilidad de operar con categorías cerradas de derechos ver también: M. DALY. *Acces to social rights in Europe*. Ob. cit. pp. 25-26.

<sup>93</sup> 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 derecho 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.

<sup>94</sup> G. PECES-BARBA. *Lecciones de derechos fundamentales*. Ob. cit. p. 51-52.



IV dentro de la Primera Parte (“Bases fundamentales del Estado, derechos, deberes y garantías”).

En este tema de las garantías constitucionales, la nueva Constitución ecuatoriana de 2008 presenta una novedad importante con respecto a sus predecesoras. Y es que no ubica las garantías constitucionales dentro del título o la parte de derechos, sino que las ubica en un título totalmente independiente (Título III: “Garantías Constitucionales”). Ubicadas dentro del mismo título de los derechos, como sucede en todas las constituciones, las garantías se convierten en instrumentos para garantizar sólo la aplicación de la carta de derechos, no del resto de la constitución. En cambio, en la estructura de la nueva Constitución ecuatoriana, con el objetivo de llevar a cabo una revalorización jurídica de las garantías y de extender el carácter garantista a todo el texto constitucional, no sólo a la carta de derechos sino también, por ejemplo, al Título VII del “régimen del buen vivir” donde se fijan los lineamientos que deben orientar las políticas, planes y programas del gobierno en materia social, o al Título VI sobre régimen de desarrollo, lo que hace es, en lugar de reconocer las distintas garantías como parte del título de derechos, se realiza una unificación y sistematización, en un Título propio y diferenciado, de las formas o mecanismos concretos a través de los cuales se garantiza el carácter normativo y el cumplimiento de todo el texto constitucional en cualquiera de sus partes.

Veamos las distintas garantías y mecanismos de justiciabilidad de los derechos sociales previstos en estos textos constitucionales.

#### ***6.4.1. Los derechos sociales como derechos directamente aplicables y la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos***

En un capítulo anterior, al referirme a la Constitución colombiana, he hecho referencia al principio de aplicabilidad directa de los derechos señalando como la Constitución de 1991 reconocía la aplicabilidad directa de la mayoría de derechos civiles y políticos pero no de los derechos sociales.

En las constituciones de Venezuela de 1999, de Ecuador de 1998 y 2008, y de Bolivia 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 derechos sociales.

El artículo 18 de la Constitución ecuatoriana de 1998 y el art. 11.3 de la Constitución de 2008, establecen también la aplicabilidad directa de los derechos reconocidos por la Constitución.

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 dice: “todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables”.

Como ya he señalado, la aplicación directa supone que los preceptos constitucionales donde se establecen los derechos sociales no pueden considerarse como simples preceptos sobre la producción de normas sino que son derechos exigibles, y que se pueden hacer valer judicialmente, sin necesidad alguna de que sean desarrollados por ley. La vinculación de las autoridades del Estado y de los particulares a estos derechos es absoluta.

Además de establecer la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales establecidos en la constitución, los cinco textos reconocen explícitamente, al igual que la Constitución argentina incorporó en su reforma del año 1994, la aplicabilidad directa de los derechos sociales establecidos en tratados internacionales de derechos humanos, lo que incluye, entre otros, el PIDESC 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 internacionales 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 incorpora-

ban 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”, la cual implica que se aplicará al ciudadano la normativa que amplíe en mayor medida sus derechos y garantías<sup>95</sup>.

Y, el artículo 256.I de la Constitución boliviana 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 de 1967 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”<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Ver: M. PÉREZ. “El sistema de derechos humanos en la Constitución de 1999”. En L. SALAMANCA y R. VICIANO (eds.). *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*. Ob. cit. pp. 187-188.

<sup>96</sup> 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, de 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, en 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 huma-

Frente a la teoría o doctrina dualista, inspirada en la vieja doctrina de H. Triepel y D. Anzilotti, orientadas en el sentido de la coexistencia separada del derecho internacional con el derecho interno<sup>97</sup>, y según la cual el derecho internacional requeriría de un acto especial para ser incorporado al derecho interno, o simplemente para ser asimilado como norma de carácter obligatorio dentro del territorio de un país determinado. Y, la doctrina monista de la unidad del derecho y de la primacía del derecho internacional frente al derecho interno de los Estados, construida por H. Kelsen, la que establece que “el derecho internacional preside una concepción unitaria de todo el Derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los Estados”<sup>98/99</sup>; las constituciones de Ecuador, Venezuela y Bolivia, fijan una posi-

---

nos suscritos por Bolivia...”. (P. DERMIZAKY. *Derechos y garantías fundamentales*. Alexander. Cochabamba. 2006. pp. 131-132).

<sup>97</sup> Triepel sostenía que las personas nunca pueden ser obligadas ni beneficiadas por normas de derecho internacional. Decía que solo el Estado puede ser obligado o favorecido por ellas, en sus relaciones con otros Estados. Según Triepel y Anzilotti, las normas de derecho internacional, para que alcancen a las personas, deben ser primero transformadas en normas de derecho interno. Para Triepel: “el derecho internacional y el derecho interno, no sólo son partes diferentes del derecho, sino sistemas jurídicos diversos. Son dos círculos que están en contacto íntimo, pero que no se superponen nunca”. (H. TRIEPEL. *Droit international et droit Interne*. París. Oxford. 1920. p. 110).

<sup>98</sup> H. KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Citado por H. NOGUEIRA ALCALÁ. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2000. Fundación Honrad-Adenauer-CIEDLA. Buenos Aires. p. 166.

<sup>99</sup> Un ejemplo de este modelo monista es el artículo 46 de la Constitución de Guatemala que establece que en materia de derechos humanos los tratados internacionales aceptados y ratificados tienen preeminencia sobre el derecho interno. Aunque es necesario apuntar que la Corte de constitucionalidad de Guatemala he restringido el ámbito de aplicación del artículo 46 de su Constitución, al señalar que los tratados internacionales sobre derechos humanos no prevalecen sobre su Constitución, en el sentido que no pueden reformarla ni derogarla (Sentencia del 19-10-1990) omitiendo, por cierto, que esta también es “derecho interno”. Un estudio crítico sobre el tema puede verse en R. ROHRMOSER VALDEAVELLANO. “Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno guatemalteco”. Ponencia presentada en la VIII Reunión de Presidentes de Cortes y salas constitucionales (Bruselas/Berlín, 24 al 1 de julio de 2001). Fundación Konrad Adenauer. p. 6.

ción coordinadora o conciliadora basada en la unificación de ambas ramas jurídicas en un solo sistema, diferenciándose del monismo en que las relaciones entre las dos normas son de coordinación y no de subordinación, como establece los artículos acabados de citar de las constituciones venezolana y boliviana: los tratados de derechos humanos que contengan derechos más favorables a los ciudadanos que los establecidos en disposiciones constitucionales, se aplican de manera inmediata y preferente a la disposición constitucional correspondiente. Ello hace que el derecho internacional y el derecho interno interactúen, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de los derechos sociales.

El reconocimiento de jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, refuerza la operatividad de los derechos sociales, 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 establecidas<sup>100</sup>. 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 derechos<sup>101</sup>.

En resumen, queda claro como las Constituciones de Ecuador del 98 y el 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.

#### **6.4.2. Prohibición de regresividad de los derechos**

A lo largo de este trabajo hemos visto diferentes ejemplos de regresividad de derechos sociales reconocidos en los Estados por medio

---

<sup>100</sup> C.S. FAYT. *Evolución de los derechos sociales: del reconocimiento a la exigibilidad*. Ob. cit. p. 89.

<sup>101</sup> M. PINTO. *Temas de derechos humanos*. Editores del puerto. Buenos Aires. 2004, p. 47.

de la legislación interna de los mismos, los citados decretos ley de menoscabo de los derechos sociales en Perú o las también referidas enmiendas constitucionales introducidas en la Constitución brasileña de 1988, por ejemplo.

Para evitar episodios como estos, tanto la Constitución venezolana de 1999, la Constitución ecuatoriana de 2008 y la Constitución 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. Asimismo, de manera explícita, la nueva Constitución ecuatoriana de 2008 en su artículo 11.4 señala: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

Además, como hemos visto antes, estas constituciones otorgan rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos (art. 18 Constitución Ecuador 1998, art. 23 Constitución venezolana, art. 256.I Constitución boliviana y art. 11.3 Constitución Ecuador 2008), entre los que se encuentran algunos como el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (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”.

Finalmente, 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.

#### **6.4.3. La cláusula general de igualdad “material”**

Puede considerarse también como otra garantía, la cláusula general de igualdad, “formal” y “material”, recogida por ejemplo en el

artículo 21 de la Constitución venezolana<sup>102</sup> o el artículo 66.4 de la Constitución ecuatoriana de 2008<sup>103</sup>. Especial relevancia para los derechos sociales tiene la faceta material de la igualdad, que obliga a los poderes públicos a adoptar “medidas positivas a favor de las personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables, (...) protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta...”. Se trata pues, de un reforzamiento de las obligaciones positivas del Estado en materia de derechos sociales<sup>104</sup>.

#### **6.4.4. Las garantías de políticas públicas y servicios públicos en la Constitución ecuatoriana de 2008**

En su título referido a garantías constitucionales, la Constitución ecuatoriana de 2008 establece una clasificación de las mismas en 4 grupos: garantías normativas (art. 84); garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana (art. 85); y, garantías jurisdiccionales (arts. 86 a 94). Ello supone que no exista poder del Estado, ya sea el Legislativo, Ejecutivo o Judicial, que no sea garante de los derechos reconocidos en la constitución, lo que, a la vez, hace cobrar pleno sentido al enunciado de que el máximo deber del Estado es proteger los derechos (art. 11.9).

---

<sup>102</sup> Art. 21 Constitución Venezuela 1999: “(...)No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. La Ley (...) adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

<sup>103</sup> Art. 66.4 Constitución Ecuador 2008: “(...) El Estado reconocerá y garantizará a las personas: (...) igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

<sup>104</sup> F.FLORES. “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución de 1999”. En R. VICIANO y L. SALAMANCA (eds.). *El Sistema Político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*. Ob. cit. p. 318.

La novedad, no presente en otras constituciones, es el Capítulo II (“Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana”), el cual implica que la constitución no sólo proclama derechos y establece los mecanismos procesales tradicionales para su protección, sino que establece también las directrices básicas de las políticas públicas que debe desarrollar el Estado. Consiguientemente, se establecen garantías no sólo para la protección de la violación por acción pública o privada de los derechos, sino también garantías para que los ciudadanos puedan obligar al Estado a que cumpla con las directrices constitucionales sobre políticas públicas que se convierten en los mecanismos para hacer realmente efectivos los derechos reconocidos por la constitución<sup>105</sup>. De esta manera, los derechos, también sociales, reconocidos en la constitución deben suponer una acción prioritaria del Estado para su garantía efectiva, estableciéndose mecanismos que condicionen la actividad y las inversiones del Estado para garantizarlos de manera progresiva en el corto plazo.

Por tanto, es una constitución que incorpora no sólo las acciones conocidas en el derecho comparado para evitar la violación de los derechos sino también las encaminadas a exigir del Estado el cumplimiento de políticas públicas determinadas constitucionalmente que exigen una actividad del Estado para proteger efectivamente los derechos fundamentales.

#### ***6.4.5. Las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales***

En las constituciones de Venezuela (1999) o Ecuador (1998), en Bolivia es diferente<sup>106</sup>, se fijan sistemas mixtos de control de cons-

---

<sup>105</sup> El artículo 85.1 de la Constitución de 2008, establece: “Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos deben estar directamente encaminadas a hacer efectivos todos los derechos humanos y el buen vivir, sin desmedro de los derechos de la naturaleza. Deberán ser formuladas a partir del principio de solidaridad. (...) El Estado garantizará el presupuesto, así como su distribución equitativa y solidaria para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos enmarcados en el buen vivir”.

<sup>106</sup> La Constitución boliviana establece un sistema concentrado de control de constitucionalidad. En modelos concentrados como el boliviano, cuando se plantea la inconstitucionalidad de una norma en un proceso judicial con-



titucionalidad, donde todo juez, normalmente en todo proceso, está habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una norma en ese caso específico, o si se prefiere de inaplicarla por inconstitucionalidad (art. 334 Constitución Venezuela 1999, art. 274 Constitución Ecuador 1998) lo que en el fondo, aun y que para el caso concreto e “inter partes”, es un verdadero pronunciamiento declarativo de inconstitucionalidad. Cualquier proceso es un instrumento de protección de los derechos constitucionales, incluidos los derechos sociales. En el caso de la Constitución ecuatoriana de 2008, en contraste con el citado artículo 274 de la Constitución de 1998, el nuevo artículo 428 otorga (en la misma dirección que la Constitución boliviana) a la Corte Constitucional la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de normas a las que los jueces consideren inconstitucionales en el curso de un proceso, debiendo en este caso suspender tal proceso hasta que la Corte Constitucional resuelva de forma general. Este artículo ha hecho que se diga que esta reforma elimina en Ecuador el control difuso y generará retardo procesal. Sin embargo, esta eliminación no es tan clara puesto que los artículos 425<sup>107</sup> y 426<sup>108</sup>

---

creto ello no puede ser resuelto por el juzgado donde se ha presentado, sino que este eleva el expediente para su decisión en el tema constitucional al Tribunal Constitucional, y una vez decidido por el Tribunal Constitucional el proceso será devuelto al juzgado de origen para que resuelva el caso partiendo de lo ya definido en materia constitucional por el Tribunal Constitucional. En el caso boliviano, el “recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad” es el mecanismo por el cual el juez común, de oficio o a petición de parte, eleva el expediente donde se suscita un tema de constitucionalidad, al Tribunal Constitucional para que este resuelva (arts. 59-67 Ley No. 1836, de 1 de abril de 1998).

<sup>107</sup> Art. 425 Constitución Ecuador 2008: “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. (...)”.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

<sup>108</sup> Art. 426 Constitución Ecuador 2008: “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los

del texto mantienen en los jueces la facultad de inaplicar normas inconstitucionales<sup>109</sup>. Corresponderá en consecuencia, a una nueva “Ley Orgánica de Control Constitucional” y a la jurisprudencia, clarificar en que casos los jueces pueden o deben optar por la suspensión o la inaplicabilidad.

No obstante eso, al margen de si se trata de un modelo concentrado o mixto de control constitucional, en los dos tipos existen ciertos procesos que, usando palabras de N. Pedro Sagüés<sup>110</sup>, son “especialmente constitucionales”, programados para defender la constitución y su contenido. Se trata, por ejemplo, de la acción de amparo, la acción de protección y acción extraordinaria de protección en Ecuador, la acción directa de inconstitucionalidad o de inconstitucionalidad por omisión, la acción de cumplimiento, etc.

La novedad que en este tema presenta la Constitución ecuatoriana de 2008 es la ampliación de la legitimación activa para interponer cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en el texto constitucional, tanto a particulares como a cualquier “grupo de personas, nacionalidad o pueblo” (art. 86.1).

### a) La Acción de Amparo

El amparo, como ya hemos visto, es por su accesibilidad, celeridad y eficacia, el proceso más común para la protección de derechos sociales, y constitucionales en general, en Latinoamérica<sup>111</sup>. Sin embargo,

---

instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

<sup>109</sup> A. GRIJALVA. “Perspectivas y desafíos de la Corte constitucional”. En R. ÁVILA, A. GRIJALVA y R. MARTÍNEZ (eds.). *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008*. Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia-CEPS. Quito. 2008.

<sup>110</sup> N. PEDRO SAGÜÉS. *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. Porrúa. México. 2004. p. 65.

<sup>111</sup> Como ejemplo de la especial accesibilidad, celeridad y eficacia que define la acción de amparo, podemos fijarnos, por ejemplo, en el párrafo segundo

la regulación que determinadas constituciones hacen del amparo, limitando los derechos tutelados por el mismo o no permitiendo usarlo contra actos u omisiones de sujetos particulares, dificultan el uso del amparo para la protección de derechos sociales. Estos límites son superados por las constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia. Veámoslo.

*i) Superación de los límites en los derechos tutelados*

Algunas constituciones, como la Colombiana de 1991, reservan el amparo (en Colombia llamado Acción de tutela) para la protección de determinados derechos constitucionales, normalmente los derechos individuales calificados por estas constituciones como “fundamentales”, y excluyen a los derechos sociales del ámbito de protección de esta acción. Las constituciones de Venezuela de 1999 (art. 27), Ecuador de 1998 (art. 95) y Bolivia de 2009 (art. 129 y 258) amplían la custodia de la acción de amparo, no sólo a todos los derechos constitucionales, sean civiles, políticos, sociales o colectivos, sino también a los derechos emergentes de la ley y los tratados internacionales y a aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en el texto constitucional.

---

del artículo 27 de la Constitución venezolana, que dice: “El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto”; O, el artículo 86.2 de la Constitución ecuatoriana de 2008 que dice: “Serán aplicables las siguientes normas de procedimiento: a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias; b) Son hábiles todos los días y horas; c) Podrán ser propuestas oralmente o mediante escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma constitucional infringida. Si se propone oralmente, se deberá elaborar un acta; d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión; e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho; f) El juez tiene la obligación de impulsar de oficio los procesos; g) No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción; h) El juez que sin justificación legal no tramite el proceso dentro de los plazos constitucionales o legales, será sancionado administrativamente, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que haya lugar”.

ii) *El amparo frente a terceros: la justiciabilidad de los derechos sociales frente a particulares y corporaciones económicas*

Otro de los elementos a destacar de las constituciones de Ecuador de 1998, Venezuela y Bolivia, y al que me he referido también al mencionar la Constitución colombiana de 1991, es la posibilidad de interponer acción de amparo por vulneración de derechos sociales frente a particulares. En la mayoría de constituciones no aparecen normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa frente a los particulares de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*)<sup>112</sup>, y mucho menos de derechos sociales.

Como decía anteriormente, la aparición, con la globalización, en el seno de la sociedad de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su dominio con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, determina un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica poder-libertad. Para poner sólo un ejemplo, algunos de los principales violadores de derechos sociales hoy en día son el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional. Como han puesto de manifiesto diversas resoluciones del Comité de Naciones Unidas para los DESC, a través de sus políticas de privatización de empresas, sin las medidas de seguridad social adecuadas, estos organismos internacionales han tenido graves efectos negativos sobre los derechos sociales de múltiples Estados<sup>113/114</sup>.

---

<sup>112</sup> 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.

<sup>113</sup> Ver Observaciones del Comité de DESC: Algeria, E/C.12/1/add 71 (2001); Argentina, E/C.12/1/add 38 (1999); Bulgaria, E/C.12/1/add 37 (1999); Camerún, E/C.12/1/add 40 (1999); Colombia, E/C.12/1/add 74 (2001); Egipto, E/C.12/1/add 44 (2000); El Salvador, E/C.12/1/add 4 (1996); Honduras, E/C.12/1/add 57 (2001); República de Korea, E/C.12/1/add 59 (2001); Nepal, E/C.12/1/add 66 (2001); Holanda, E/C.12/1/add 25 (1998); Nicaragua, E/C.12/1993/14 (1994); Rumanía, E/C.12/1994/4 (1994); Senegal, E/C.12/1/add 62 (2001); Senegal, E/C.12/1993/18 (1993); Islas Solomon, E/C.12/1/add 33 (1999); Venezuela, E/C.12/1/add 56 (2001); Ver también: COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. “Report of the Expert Seminar on Human Rights and Extreme Poverty”. 7-10 febrero 2001, E/CN.4/2001/54/add 1, para 14.

<sup>114</sup> M. SSENYONJO. “Non-State actors and Economic, Social and Cultural Rights”. En M.A. BADERIN y R. MCCORQUODALE. *Economic, Social and Cultural Rights in Action*. Oxford University Press. Oxford. 2007. pp. 109-135.

Ello significa que, procediendo con elemental coherencia, la protección de los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías, no deberá reducirse a contemplar solamente las hipotéticas violaciones de los mismos provenientes del poder estatal, sino que habrá que tener en cuenta también las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares o actores internacionales que, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de los derechos<sup>115</sup>.

Es en este sentido que la Constitución ecuatoriana de 1998 establece en su artículo 95: “También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso”.

En la misma dirección, en Venezuela, es el artículo 27 de la Constitución el que regula de manera genérica el amparo pero es el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales, de 27 de septiembre de 1988, que ha mantenido su vigencia una vez aprobada la nueva Constitución de 1999, la que establece: “La acción de amparo (...). También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados (...)”<sup>116</sup>.

Y, por último, la Constitución boliviana de 2009 dice, en el artículo 129: “La acción de amparo constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

En consecuencia, con estos artículos tales textos constitucionales dejan cerrado un problema presente hoy en muchos Estados, y que es el de la existencia, en una sociedad cada vez más dominada, con-

---

<sup>115</sup> P. VEGA GARCÍA. “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”. Ob. cit. p. 697.

<sup>116</sup> Ver: Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. En Gaceta Oficial núm. 34.060, del 27 de septiembre de 1988.

trolada y dirigida por los poderes privados, de posibles situaciones de indefensión del individuo frente a la vulneración de sus derechos.

A pesar de todo ello, en muchos autores existe aún la convicción de que al admitir la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, se está desvirtuando el principio de respeto a la autonomía de la voluntad, auténtico pilar del derecho privado<sup>117</sup>.

Estos autores han intentado dar soluciones a este problema de la indefensión sin romper los moldes del constitucionalismo liberal. Ejemplo de ello es la llamada “teoría de la eficacia indirecta” o teoría de la “*Mittelbare Drittwirkung*” de Dürig<sup>118/119</sup>. Esta teoría, por

<sup>117</sup> Así, por ejemplo, B. PIEROTH y B. SCHLINK (“Grundrechte Staatsrecht II”. 16.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller. 2001. p. 44), mantienen que el resultado de extender el ámbito de vigencia de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares sería: “una limitación irremediable de la libertad”. También E.W. BÖCKENFÖRDE (*Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Ob. cit. p. 91), parece compartir esa opinión, al afirmar que «una extensión global e indiferenciada de la vinculación a los derechos fundamentales en el ámbito social anularía de nuevo en gran parte, en la relación de unos individuos con otros, aquellas libertades que deberían asegurarse a través de la vinculación del Poder estatal a los derechos fundamentales de los individuos”. No obstante, Böckenförde parece mantener otra opinión en las pp. 113-114. En España, J.M. BILBAO UBILLOS (*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/BOE. Madrid. 1997), también ha observado esta preocupación de buena parte de la doctrina alemana: “Late en el fondo de estas posturas (las que rechazan la “unmittelbare Drittwirkung”) la convicción de que la “Drittwirkung” puede ser una especie de “caballo de Troya” que destruya el sistema construido sobre la base de la autonomía privada” (p. 283). (Ver: T. DOMINGO. “El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho”. En *Revista Derechos y Libertades*. No. 11. Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid. 2002. pp. 251-289).

<sup>118</sup> Ver: G. DÜRIG. “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”. En T. MAUNZ (ed.). *Festschrift zum 75. Geburtstag van Hans Naviasky*. Isar. Munich. 1956. pp. 157 y ss.

<sup>119</sup> Esta teoría tuvo su origen con la famosa sentencia Lüth del Tribunal Constitucional Federal en 1958, que recogió la tesis de Dürig. Los hechos que motivaron esta Sentencia fueron los siguientes: Veit Harían, un conocido director de cine que durante el régimen nazi había dirigido películas antisemitas —absuelto de la acusación de haber participado en los crímenes nazis— dirigió en 1950 una película titulada *Inmortal Lover*; lo que provocó

un lado, entiende que al ser en el marco de la sociedad, y no del Estado, donde el hombre desarrolla su verdadera existencia, es en ese mismo ámbito de la autonomía de la voluntad, donde únicamente cabe situar con realismo la problemática jurídica de los derechos fundamentales. Pero, por otro lado, para no alterar ni confundir los estatutos jurídicos de la sociedad y del Estado, tal y como los concibe el constitucionalismo clásico, se estimará que si los derechos fundamentales tienen una eficacia directa en relación al poder público, en relación a las posibles violaciones producidas por los particulares, su eficacia tiene que aparecer mediatizada por la necesaria integración de los mismos en los actos normativos que regulan las relaciones privadas. De esta suerte, por ejemplo, la eficacia de los derechos sindicales se actuará a través de la ley de convenios colectivos de trabajo, o la defensa del consumidor de las leyes protectoras del consumo<sup>120</sup>.

Esta visión se traduce en el hecho de entender, falsamente, que la protección que la legislación ordinaria confiere al ejercicio de la autonomía de la voluntad, sirve también como garantía y protección de los derechos fundamentales. Incluso en los supuestos de lagunas y vacíos de esta legislación ordinaria, se llegará a sostener que los derechos fundamentales no sufrirían por ello menoscabo alguno, pues siempre podrían hallar como marco normativo de referencia las llamadas cláusulas generales (buena fe, buenas costumbres, orden público, etc.), previstas en el código civil para preservar y garantizar el correcto ejercicio de la autonomía de la voluntad. La ausencia del debido desarrollo de los derechos fundamentales en la legislación ordinaria, quedaría de esta forma perfectamente suplida con la inser-

---

la indignación de Erich Lüth, un informador de Hamburgo perteneciente a un grupo que pretendía reparar las heridas que la guerra había abierto entre judíos y cristianos. Lüth instó a su audiencia a boicotear *Inmortal Lover*, lo que le supuso una condena por violación del artículo 826 del Código Civil, que establece: "Quien voluntariamente cause daño a otra persona de forma ofensiva hacia las buenas costumbres está obligado a compensarla por el daño causado". Una vez agotadas las vías que le proporcionaba la jurisdicción ordinaria, Lüth recurrió al Tribunal Constitucional Federal. (Ver: T. DOMINGO. "El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho". Ob. cit. p. 256).

<sup>120</sup> P. VEGA GARCÍA. "La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)". Ob. cit. pp. 698-699.

ción en las cláusulas generales del derecho privado de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales<sup>121</sup>.

Sin embargo, como dice P. Vega, es obvio señalar, que ni las cláusulas generales pueden convertirse tan fácilmente en un potencial y enigmático sistema de derechos sin trastocar su significado<sup>122</sup>, ni tiene tampoco sentido plantear siquiera a través de la actuación de la legislación ordinaria la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales<sup>123/124</sup>.

### **b) La acción de protección y acción extraordinaria de protección en la Constitución ecuatoriana de 2008**

La nueva Constitución de Ecuador de 2008 fija como principal instrumento de protección de derechos, la acción de protección. Esta puede interponerse cuando exista una vulneración de cualquier derecho constitucional causada: a) por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; b) contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y, c) cuando la violación proceda de una persona particular si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación (art. 88).

Esta acción se podrá interponer ante el juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y su

---

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> Por lo que a las cláusulas generales se refiere, baste recordar que se desvirtúa el sentido de las mismas al pensar que su contenido puede nutrirse con los derechos fundamentales, habida cuenta de que no se trata de normas en blanco, susceptibles de remisión a otro tipo de normas o conceptos jurídicos, sino que a lo que hacen referencia es a supuestos y principios sociales incapaces de cristalizar en normas.

<sup>123</sup> Por otro lado, carece de fundamento, y en definitiva no es más que un modo de eludir la cuestión, plantear la eficacia de los derechos fundamentales sólo a través de la legislación ordinaria, en la medida en que el problema no es de reconocimiento legal, o de desarrollo legal de los derechos fundamentales, sino de la posibilidad existencial de actuarlos debidamente.

<sup>124</sup> P. VEGA GARCÍA. “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”. Ob. cit. p. 700.



tramitación se regirá por los principios de accesibilidad, rapidez y eficacia. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la Corte Provincial.

Al igual que en el caso del amparo en las constituciones de Ecuador de 1998, Venezuela de 1999 y Bolivia de 2009, esta acción podrá interponerse para exigir la protección de cualquier derecho constitucionalmente reconocido, incluidos los derechos sociales, y puede interponerse también frente a particulares.

Por otro lado, la Constitución de 2008, en su art. 439, faculta a los ciudadanos la posibilidad de interponer ante la Corte Constitucional acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, firmes o ejecutorias, cuando aquellos violen el debido proceso u otros derechos. La acción extraordinaria de protección es pues una garantía específica más de los derechos. Es un instrumento más, el último en el ámbito estatal, de reacción frente a una vulneración de un derecho.

Esta ha sido una de las innovaciones más atacadas durante los debates de la Asamblea Constituyente, principalmente porque puesto que al ser la Corte Constitucional una institución politizada, con esta facultad se convierte en un instrumento de intervención política directa en la justicia ordinaria. En tal sentido, incluso la Corte Suprema, que pasa a denominarse Corte Nacional de Justicia, pierde su carácter de tribunal máximo de la justicia ordinaria y queda subordinada a estos designios políticos<sup>125</sup>.

No obstante, a nivel comparado, lo extraño más bien es la prohibición absoluta de revisión de las decisiones judiciales. Como lo expresa la Comisión Andina de Juristas: “De los países de la región, Ecuador es el único que contiene una restricción absoluta a la posibilidad de iniciar un proceso de amparo contra una resolución judicial”<sup>126</sup>. El control constitucional de decisiones judiciales responde a una necesidad estructural. Si en un país regido por una constitución, la Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación y control constitucional, para cumplir esta función debe tener

---

<sup>125</sup> A. GRIJALVA. “Perspectivas y desafíos de la Corte constitucional”. Ob. cit.  
<sup>126</sup> COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Los Procesos de Amparo y Hábeas Corpus: un análisis comparado*. Lima. 2000.

también la posibilidad de controlar la constitucionalidad de actos del poder judicial<sup>127</sup>.

Esta es precisamente la función que persigue la acción extraordinaria de protección. Esta acción no sólo proporciona a los ciudadanos un mecanismo más de protección de sus derechos, sino que además, confiere a la Corte Constitucional una función de alcance más global, que es el control de la aplicación de los preceptos constitucionales que consagran los derechos por parte de los jueces y tribunales ordinarios.

### **c) La acción de inconstitucionalidad, la acción popular y la inconstitucionalidad por omisión**

Desde el punto de vista que nos interesa, es decir, desde la protección de los derechos sociales, la acción de inconstitucionalidad tiene la finalidad de proteger los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas contra las decisiones del legislador en el ámbito normativo, así como del órgano ejecutivo en el ámbito reglamentario, en aquellos casos en que los vulneren al ser contrarias a las disposiciones constitucionales que consagran dichos derechos y garantías. Si bien esta es una acción comúnmente prevista en todas las constituciones actuales, uno de los aspectos más importantes a destacar a nivel comparativo de las constituciones ecuatoriana, venezolana y boliviana, e iniciado ya con la Constitución colombiana del 91, es que la legitimación activa para interponer acciones de inconstitucionalidad corresponde a cualquier persona. En muchos otros países como España la legitimación activa para interponer recurso de inconstitucionalidad corresponde, en exclusiva, a los poderes constituidos (Presidente, diputados, senadores, Defensor del pueblo o órganos colegiados o parlamentos de comunidades autónomas —artículo 162 de la Constitución española—), y en algunos otros supuestos, como en Brasil, también a los sindicatos y partidos políticos (artículo 103 de la Constitución de Brasil), pero en ninguno de estos países, a las personas individuales.

---

<sup>127</sup> A. GRIJALVA. “Perspectivas y desafíos de la Corte constitucional”. Ob. cit.

Por el contrario, siguiendo el camino abierto por los artículos 241.4 y 242.1 de la Constitución colombiana<sup>128</sup>, el artículo 132 del texto boliviano dispone: “Toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la acción de inconstitucionalidad”<sup>129</sup>. En Venezuela es el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia el que otorga legitimación activa a “toda persona natural o jurídica” para presentar esta acción.

Aunque estos artículos exijan que la ley impugnada afecte los derechos e intereses del accionante ello no debe entenderse de manera estricta, la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en Sentencia núm. 1077 de 22 de agosto de 2001, ha señalado que: “...cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. Es el actor un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da el interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley”<sup>130</sup>. Con lo cual, cualquier ciudadano con plena capacidad jurídica puede intentar el recurso de inconstitucionalidad.

En Ecuador, aunque la Constitución de 1998, permitía la posibilidad de interposición de recurso de inconstitucionalidad por parte de cualquier persona “previo informe favorable del defensor del pueblo sobre su procedencia” o de mil ciudadanos en goce de sus derechos políticos, la nueva Constitución de 2008 elimina estas limitaciones y adopta el sistema de acción popular, prevista también en los artí-

---

<sup>128</sup> Art. 241.4 Constitución colombiana de 1991: “Corresponde a la Corte constitucional: (...) decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”; Artículo 242.1: “Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública”.

<sup>129</sup> Con la Constitución boliviana de 1967 sólo podían interponer acción de inconstitucionalidad el Presidente de la República, un senador o diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo, pero no los ciudadanos (art. 120.1).

<sup>130</sup> Caso: “Servicio Tulio León Briceño”. *Revista de Derecho Público*, núm. 83. Caracas. 2001. pp. 247 y ss.

culos 136 y 137 de la Constitución boliviana de 2009, de forma que la acción puede ser propuesta por cualquier ciudadano individual o colectivamente de forma directa, es decir sin necesidad del informe positivo del Defensor del Pueblo.

Ahora bien, la vulneración de derechos no sólo puede venir mediante la promulgación de una norma legal contraria a las disposiciones constitucionales, sino que también pueden haber distintas situaciones de omisión que impliquen vulneración de derechos sociales 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.

En este aspecto, la Constitución venezolana de 1999 da competencia (art. 336.7) a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para declarar la inconstitucionalidad del poder Legislativo, municipal o estatal cuando haya dejado de dictar normas o medidas indispensables para el cumplimiento de la constitución, o las haya dictado de forma incompleta, fijando el plazo y, “de ser necesario, los lineamientos de su corrección”, con lo que la constitución está confiando a la Sala Constitucional roles cuasi legislativos de contenido de la norma ausente<sup>131</sup>.

En Ecuador, la nueva Constitución de 2008 otorga, en el art. 436.10, la facultad a la Corte Constitucional para controlar las inconstitucionalidades por omisión. En tal situación, la Corte según el nuevo texto podría dictar una normativa provisional.

En Bolivia, no está expresamente prevista la procedencia de la inconstitucionalidad por omisión, al contrario, debido a la redacción del artículo 120.1.a de la Constitución anterior de 1967 y el artículo 54 de la Ley núm. 1836 del Tribunal Constitucional, que señalaban que sólo podrán ser objeto de inconstitucionalidad “las leyes en general, las leyes de reforma constitucional, los decretos supremos y las resoluciones no judiciales de cualquier género”, se excluye la posibilidad de una posible inconstitucionalidad contra una omisión legislativa que genere inconstitucionalidad. El nuevo texto constitucional de 2009, en sus artículos 133 y 134, limita también la acción

---

<sup>131</sup> N. PEDRO SAGÜÉS. *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. Ob. cit. p. 63.

de inconstitucionalidad a las citadas normas legales, aunque a diferencia de la constitución anterior, sí prevé la posibilidad de hacer frente a la vulneración de derechos por medio de la omisión, por vía de presentación de la acción de cumplimiento, como veremos a continuación.

#### **d) La acción de cumplimiento**

Como he dicho antes, la vulneración de derechos puede venir dada por situaciones de omisión como, por ejemplo, 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. En términos generales, no ha sido hasta las últimas décadas del siglo XX que empiezan a aparecer en el constitucionalismo normas que atacan la vulneración de derechos por omisión y establecen acciones jurisdiccionales para que los ciudadanos puedan hacer frente a estas situaciones. Por ejemplo, uno de los primeros textos en establecerlas fue la Constitución de la provincia de Río Negro, Argentina, de 1988, que estableció en su artículo 207.2.d una acción, a promover por quien se siente afectado en su derecho individual o colectivo, por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial y a los municipios.

El texto constitucional boliviano de 2009 prevé la posibilidad de hacer frente a la vulneración de derechos por medio de la omisión, por vía de presentación por parte de cualquier persona individual o colectiva, de una acción de cumplimiento establecida en el artículo 134: “La acción de cumplimiento procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida”.

En Ecuador, la nueva Constitución, en el artículo 436.5, atribuye a la Corte el conocimiento a petición de parte de acciones por incumplimiento de actos administrativos, así como sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. El artículo 93<sup>132</sup> también se refiere a esta atribución aunque en términos am-

---

<sup>132</sup> Art. 93 Constitución Ecuador 2008: “La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema

plios puesto que alude de forma muy general a “normas que integran el sistema jurídico”. La acción por incumplimiento en países como Colombia o Perú tiene un ámbito más restringido en tanto se limita a leyes y actos administrativos<sup>133</sup>, aunque esto plantea la paradoja de la ausencia de esta acción para normas de rango constitucional. Tampoco es del todo claro que esta función corresponda de forma específica o exclusiva a la Corte Constitucional. En todo caso deberá ser la propia Corte la que mediante su jurisprudencia y considerando los requisitos de cumplimiento de obligación “clara, expresa y exigible” del artículo 93 de la Constitución, delimite en términos operativos esta atribución<sup>134</sup>.

#### **6.4.6. Otras garantías**

Conjuntamente con las señaladas, los textos constitucionales señalados prevén también otros tipos de garantías adicionales.

##### **a) La reserva de ley orgánica**

Normalmente suele calificarse a la reserva de ley orgánica como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales. 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, como señala R. Alexy, que “los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no-otorgamiento no puede quedar

---

jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional”.

<sup>133</sup> En el caso peruano, el artículo 66 del Código Procesal Constitucional establece como objeto de esta acción que el funcionario cumpla una norma legal o ejecute un acto administrativo, o que se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. En Colombia, el artículo 87 de la Constitución establece que toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.

<sup>134</sup> A. GRIJALVA. “Perspectivas y desafíos de la Corte constitucional”. Ob. cit.

en manos de mayorías parlamentarias coyunturales”<sup>135</sup>. 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 fundamentales 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 las 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 fundamentales, 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. Asimismo, la nueva Constitución ecuatoriana de 2008 establece el mismo planteamiento (art. 133).

En el caso de Bolivia, está garantía no se recoge en tanto la constitución anterior y el nuevo texto constitucional de 2009 sólo reconocen un único procedimiento legislativo ordinario, con lo cual no existen leyes orgánicas. Sin embargo, sí existen determinadas leyes, como la Ley marco de autonomías y descentralización, a las que la constitución exige, para poder ser aprobadas, una mayoría de dos tercios de los votos de la Asamblea legislativa (art. 271.II).

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

---

<sup>135</sup> R. ALEXI. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. cit. p. 432.

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 los referidas enmiendas constitucionales destinadas a vaciar de contenido los derechos sociales, a las que he hecho referencia en el capítulo donde he tratado la Constitución de Brasil de 1988, y cuyo quórum de aprobación era de tres quintos de los miembros del Congreso.

## b) El Defensor del Pueblo

Las Constituciones de Ecuador de 1998 en su artículo 96, la de Venezuela en su artículo 281, la de Bolivia en sus artículos 218 y 222 y la ecuatoriana de 2008 en su artículo 215, otorgan al Defensor del Pueblo la función de velar por el cumplimiento y la garantía de los derechos, también los sociales, pudiendo interponer acción de resarcimiento y perjuicios por el mal funcionamiento de los servicios públicos y acción de inconstitucionalidad y amparo, lo cual constituye a esta institución en una garantía más para la protección de los derechos sociales.

La figura del Defensor del Pueblo, derivada del tan conocido "*Ombudsman*", introducido por el rey de Suecia en este país, en 1713, aunque logró su estabilidad parlamentaria sólo en 1809, se generaliza en las constituciones modernas de Europa y América en la segunda mitad del siglo XX, hasta 1954 apenas Suecia y Finlandia la concebían<sup>136</sup>. En los últimos años, el Tratado de la Unión Europea de 1992 o Tratado de Maastricht y el Tratado de Ámsterdam de 1999, que reformó el primero, introdujeron un "Defensor europeo", generándose una tendencia de estructuración piramidal de las defensorías del pueblo (regionales, estatales, supraestatales).

---

<sup>136</sup> En América es a finales de la década de los '80 y durante los '90 que el Defensor del Pueblo es incorporado en numerosas constituciones dentro de los procesos llamados de "democratización" de los sistemas políticos después de los gobiernos militares de corte fascista que se desarrollaron sobre todo en las décadas de los 60 y los 70 en América Latina. La extensión geográfica de esta institución a América se produce a través de la regulación en España, en la Constitución de 1978, de la Defensoría del Pueblo.



Sin embargo, como señala G. Lobrano<sup>137</sup> ha existido una grave contradicción entre la gran acogida de esta institución en el constitucionalismo y las constituciones contemporáneas y la falta de eficacia o fragilidad técnica-jurídica sustancial de la misma. A pesar de crecer en sus funciones<sup>138</sup> y de despertar amplias expectativas, en la mayoría de casos esta ha acabado generando muy poca eficacia y credibilidad como órgano de defensa de los derechos, especialmente de los derechos sociales. Su debilidad se explica por varias razones, su eficacia no-sancionadora sino simplemente persuasiva, etc., pero, principalmente, por la contradictoria naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo, es decir, por no representar al pueblo a pesar de que tiene características propias de un representante. Los Defensores del Pueblo, al menos en general, son elegidos por los parlamentos (regionales, estatales o europeo), normalmente entre un miembro del mismo partido que gobierna<sup>139</sup>, con una evidente separación entre el destinatario o beneficiario de su acción de defensa, los ciudadanos, y su mandante, el parlamento. Ello hace que esta figura no sea más que un funcionario maniatado a la partidocracia, especialmente si la constitución establece la posibilidad de reelección, y no un mandatario directo de la ciudadanía.

En consecuencia, la única manera de asegurar que la Defensoría del Pueblo actúe realmente como defensor de la ciudadanía y sus derechos frente al Estado, pasa por desvincularla de los límites de la tripartición de poderes y vincularla a un tipo de poder popular autónomo que permita crear un equilibrio o bipartición entre soberano popular o ciudadanos y poder del gobierno. Esto es lo que hace por

---

<sup>137</sup> G. LOBRANO. "Del Defensor del Pueblo al Tribuno de la Plebe: regreso al futuro. Un primer bosquejo de interpretación histórico-sistemática con atención particular al enfoque bolivariano". En P. CATALANO, G. LOBRANO y S. SCHIPANI (eds.). *Da Roma a Roma. Dal Tribuno della Plebe al Difensore del Popolo*. Quaderni IILA, Serie Diritto I, Roma, 2002.

<sup>138</sup> El modelo de Ombudsman escandinavo queda superado por la Defensoría del pueblo, cuyas funciones han pasado de ser simples frenos o controles a la administración a la defensa de los derechos humanos, incluidos los de segunda y tercera generación.

<sup>139</sup> En España, el actual Defensor del Pueblo, nombrado en el 2000 y reelegido en el 2005, es Enrique Mújica quien es militante del actual partido de gobierno [Partido Socialista Obrero Español (PSOE)], ha sido durante mucho tiempo diputado por este mismo partido e incluso, Ministro de Justicia en el gobierno del mismo partido.

primera vez la Constitución de Venezuela de 1999, caracterizada por dar un espacio propio al Defensor del Pueblo en su sistema constitucional de los poderes. Dentro de la estructura de la tripartición de poderes tradicional se ha sumado un “Poder ciudadano” (Título V. Capítulo IV) y un “Poder electoral” (Título V. Capítulo V)<sup>140</sup>. A la vez, el órgano de expresión del Poder ciudadano será el “Consejo Moral Republicano”, integrado por el Contralor General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor del Pueblo. La consideración de la Defensoría del pueblo dentro del llamado Poder ciudadano o expresión moral de este, y su designación por el mismo (art. 273), le da una fortaleza no igualable en otras constituciones contemporáneas vigentes. Aunque también hay que reconocer que su sistematización dentro de la lógica de los poderes del Estado lo distancia todavía, de la aspiración a constituir un poder popular autónomo no vinculado a los límites del poder estatal.

En el mismo sentido regulará el Defensor del pueblo la nueva Constitución ecuatoriana de 2008 que coloca el Defensor del Pueblo como parte de la “Función de Transparencia y control social” (que es el equivalente del “Poder Ciudadano” en Venezuela), y su designación no corresponde al Congreso sino al “Consejo de Participación

---

<sup>140</sup> La ruptura en Venezuela de la clásica tripartición de poderes y la creación de dos nuevos poderes, el Poder ciudadano y el Poder electoral, es una medida inspirada en el ideario de Bolívar. Este ideario romanístico constitucional de Bolívar se encuentra ya en la Constitución de Bolivia de 1826, que en su art. 8 declaraba: “El Poder Supremo se divide para su ejercicio en cuatro secciones: Electoral, Legislativa, Ejecutiva y Judicial”. El art. 19 a su vez, decía: “El Poder Electoral lo ejercen inmediatamente los ciudadanos en ejercicio, nombrando por cada ciento un elector” (Aunque Bolívar hubiera preferido por cada diez, un elector, como lo preveía en su proyecto). El art. 26 declaraba: “El Poder Legislativo emana inmediatamente de los cuerpos electorales nombrados por el pueblo; su ejercicio reside en tres Cámaras: Tribunales, Senadores y Censores”.

Se puede apreciar fácilmente que la concepción del poder popular está presente en el llamado poder electoral, y que la utilización de los términos Tribunales, Senadores Censores, no es una simple copia de las instituciones romanas, sin más lógica, sino una manera de lograr, con sus atribuciones propias, el juego de los límites de los poderes de cada cual. (Sobre ello ver: J.A. FERNÁNDEZ. *El Tribunalado; sus expresiones posibles en la crisis del actual modelo iuspublicístico*. Manuscrito. Tesis para el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad de La Habana. 2005).

Ciudadana y Control Social”, máximo órgano de esta función y que está compuesto por siete consejeros principales y siete suplentes, elegidos de entre los postulantes propuestos por las organizaciones sociales y la ciudadanía según concurso público de oposición y méritos, con veeduría y derecho de impugnación ciudadana, organizado por el Consejo Nacional Electoral (art. 207), el cual organizará para la designación del Defensor, “comisiones ciudadanas de selección”<sup>141</sup> encargadas de llevar a cabo concurso público de oposición y méritos con postulación, veeduría y derecho a impugnación ciudadana (arts. 208.11 y 209).

En el caso boliviano, si bien la institución de la Defensoría del Pueblo se ubica dentro del Poder o “Función de control, defensa de la sociedad y defensa del Estado”, aún se prevé la designación del Defensor por parte del Congreso (art. 221).

## **6.5. LOS PROGRAMAS SOCIALES: LA VOLUNTAD POLÍTICA DEL ESTADO PARA HACER EFECTIVOS LOS DERECHOS SOCIALES**

A diferencia de países como la Colombia, Brasil o Ecuador con la Constitución de 1998, en los cuales el modelo social-constitucional se ha desvirtuado con las posteriores políticas económicas neoliberales<sup>142</sup>, otros países como Venezuela, Bolivia y ahora Ecuador con

---

<sup>141</sup> Las “Comisiones Ciudadanas de Selección” estarán integradas por una delegada o delegado por cada Función del Estado e igual número de representantes por las organizaciones sociales y la ciudadanía, escogidos en sorteo público de entre quienes se postulan y cumplan con los requisitos que determinen el Consejo y la ley (Art. 209).

<sup>142</sup> Colombia, después de más de 15 años de aprobación de la Constitución, presenta un balance mucho más asistencial que social. Como señala F. Palacios, “no es fácil generar un Estado social, cuando se hace imposible la viabilidad más básica de los derechos civiles y políticos en uno de los Estados-record de violación de derechos humanos y asesinato de sindicalistas y líderes comunitarios. El clima de excepcionalidad política, la militarización de la sociedad se transmite al ámbito social en donde los primeros derechos no hábiles son los laborales”. “Ecuador, después de la Constitución de 1998, también se ha mantenido en el nominalismo constitucional. Incluso ha existido una actitud abierta de quebrantamiento constitucional por parte de los gobiernos de los Presidentes Mahuad, Noboa y Gutiérrez. El que-

el nuevo gobierno, están efectuando un desarrollo normativo y una ejecución administrativa acorde con lo constitucionalmente preceptuado en materia de derechos sociales. Especial relevancia merece, en estos últimos casos, el desarrollo de los derechos sociales a través de la actividad para-estatal o para-administrativa del Gobierno.

Con ello, junto al elemento de un estatuto constitucional y legal que reconoce plenamente los derechos sociales y sus posibilidades de justiciabilidad, se suma el elemento del aporte de la administración pública en materia de programas sociales, condiciones y recursos necesarios para que los derechos sociales puedan realizarse, garantizando así un acceso real de las personas a los derechos sociales.

En Venezuela, durante el gobierno de Hugo Chávez se crea todo un sistema social-asistencial bajo el nombre genérico de “Misiones”. La Misiones son programas sociales, con estructura propia, creados *ex novo* bajo cobertura de un ministerio o de un organismo público más específico. Como señala F. Palacios, las misiones rompen con la vieja organización administrativa. “¿Asistencialismo? No, el asistencialismo viene caracterizado por una red estatal de donaciones materiales sin retorno y sin interacción. Donaciones que se hacen individualizadas y adscritas en los casos más agudos de clientelismo. Sin embargo, las Misiones en Venezuela tienen como objetivo generar estructura comunitaria en los fines y en los mecanismos técnicos para su implementación, configurándose como elementos pro-activos para el desarrollo”<sup>143</sup>.

Las Misiones son programas específicos que se crean por decreto y se desarrollan incluso por resoluciones. Ocupan distintos espacios de derechos sociales, económicos o culturales y también incursionan en el campo de los derechos colectivos. El derecho a la educación y

---

brantamiento se produce incluso por acción, ya que no sólo no hay una política social básica sino que hay un despliegue agresivo de políticas neoliberales. El caso de Gutiérrez es el más paradójico pues llegó al poder con un programa de máximos sociales a los que, posteriormente, contraponen iniciativas institucionales y políticas públicas de claro contenido privatista, pactos con las instituciones internacionales financieras y tolerancia con el exceso e incumplimiento de las multinacionales”. (F. PALACIOS. “La ruptura constitucional del Estado precario: los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo iberoamericano. La especificidad del modelo venezolano”. Ob. cit. p. 115).

<sup>143</sup>

Ibid. pp. 116-117.

el derecho a la salud son sus dos pilares principales. El derecho a la educación ocupa tres misiones. La Misión Robinson, inscrita dentro de la competencia del Ministerio de Educación, es la más significativa puesto que tenía como objetivo erradicar el analfabetismo, planteándose la alfabetización ya conseguida de un millón de personas. La Misión Ribas tiene la finalidad de graduar como bachilleres a todas aquellas personas que no han podido culminar el bachillerato luego de haber cursado la primaria. Y, la Misión Sucre que tiene por objeto potenciar el acceso a la educación universitaria a bachilleres sin cupo, con potencialidades personales pero sin recursos<sup>144</sup>.

La sanidad ocupa la Misión Barrio Adentro, impulsada por el Ministerio de Salud y Desarrollo y encargada de hacer llegar asistencia sanitaria básica a los lugares donde era casi inaccesible por el abandono del Estado. La Misión Milagro es un programa concreto para cirugías oftalmológicas, con perspectivas de extenderse a otras especialidades y en colaboración con otros países, especialmente Cuba, que está empezando a generar una inédita red de interacción en derechos sociales dentro del continente<sup>145</sup>.

Paralelamente, existen otras Misiones como la Misión Vuelvan Caras que tiene por objetivo combatir el desempleo a través de la generación de proyectos y redes de economía popular. La Misión Cultura es un programa que hace accesible la cultura en sus aspectos más lúdicos a las comunidades menos favorecidas. La Misión Madres de Barrio, impulsada por el Ministerio de Participación Popular y Desarrollo Social, aunque co-participan otros ministerios (Decreto núm. 4.342, de 6 de marzo de 2006), tiene como objetivo

---

<sup>144</sup> “A la primera Misión Robinson se le añadieron sucesivas fases y además, una nueva Misión Robinson II que pretendía hacer un seguimiento activo de los recién alfabetizados para conseguir que terminaran la enseñanza primaria. Puede resultar interesante constatar que la Misión Ribas está bajo los auspicios del Ministerio de Energía y Petróleo debido al fuerte programa de financiación que debe soportar. La Misión Ribas mantiene un sistema de becas con el objetivo de facilitar una dedicación básica al estudio de todas aquellas personas dependientes del trabajo. La Misión Sucre se inscribe dentro del Ministerio de Educación Superior (Decreto, 8 de septiembre de 2003) y tiene una fuerte presencia la Universidad Bolivariana de Venezuela así como municipios y regiones ya que pretende una regionalización del sistema” (Ibid. p. 117).

<sup>145</sup> Ibid. p. 118.

apoyar a las amas de casa que se encuentren en estado de necesidad, a fin de que logren, junto con sus familias, superar la situación de pobreza e incorporarse a programas sociales y otras misiones, para su integración comunitaria. La Misión Negra Hipólita persigue dar solución a problemas de marginalidad extrema que afectan, sobre todo, a niños y ancianos. La Misión Mercal, adscrita al Ministerio de Alimentación, se ocupa de generar redes de abastecimiento alimentario con dos objetivos fundamentales: a) comercialización permanente mayorista y minorista de productos alimenticios y de primera necesidad, manteniendo calidad, bajos precios y fácil acceso; y, b) generar una red de abastecimiento propia que garantice la seguridad alimentaria e impida estrategias de desabastecimiento como las producidas durante los últimos años por “lock-out” empresariales<sup>146</sup>.

Aunque podríamos seguir haciendo referencia a muchas más Misiones, parece que ya queda clara la voluntad política del gobierno venezolano para hacer efectivos y reales los derechos sociales reconocidos constitucionalmente.

En Bolivia, desde la llegada al poder de Evo Morales la prioridad política del gobierno ha sido, ante todo, la implementación de políticas sociales en materia de alimentación, educación, salud, seguridad social, etc.

Para poner sólo algunos ejemplos, en materia de alimentación, a diferencia de la gestión anterior (2003-2005) en que las políticas de apoyo a la producción de alimentos estaban dirigidas a favorecer a los agroexportadores, y por la ausencia de acciones del Estado en la promoción de la producción de alimentos destinados a la seguridad y soberanía alimentaria, en el 2007, con el Decreto Supremo núm. 29.230 de 15 de agosto, se creó la Empresa de Apoyo a la Producción de Alimentos (EMAPA), destinada a impulsar la producción nacional de alimentos (trigo, arroz, maíz, soya, carne y aceite) para el mercado interno y su excedente para la exportación. Desde su creación se ha aumentado la superficie cultivable en el país en 34.709 hectáreas, beneficiando a 4.548 productores. La inversión total de 2006 hasta el 2008 en materia de soberanía alimentaria, ha sido de 133 millones de dólares<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> Ibid. pp. 118-119.

<sup>147</sup> Presidencia de la República de Bolivia. “Logros gestión de gobierno 2006-2008”. En: <http://www.repac.org.bo/destacados/Logros%20de%20Evo.pdf>

En materia de educación, con el programa de alfabetización “Yo sí puedo” se ha disminuido el número de analfabetos de 823.256 en el año 2005 a 100.023 en el 2008, quedando actualmente por alfabetizar en Bolivia el 1,7% de los habitantes. Los programas de alfabetización abarcaban al idioma castellano, pero también otros idiomas, en idioma aymara se graduaron 8.052 participantes y en quechua 11.180 participantes. Asimismo, mediante el Decreto Supremo 28.899 de 26 de octubre de 2006, se creó el “Bono Juancito Pinto” por el que, con el objetivo de universalizar la educación primaria, se paga a los niños que cursan regularmente entre primero y octavo curso de primaria en escuelas públicas y de convenio. En el año 2007 se beneficiaron del bono 1.328.231 de estudiantes y en el año 2008, 1.809.995 estudiantes. Los recursos invertidos fueron en el 2006, 222.945.938 de bolivianos, y en el 2007, 270.874.714 de bolivianos<sup>148</sup>.

En edificaciones escolares, durante el mandato 2003-2005 se construyeron 187 escuelas en todo el país, durante el mandato 2005-2008 se han construido 426 escuelas. Además, de 2006 al 2008 se han construido también en 230 municipios, 258 telecentros comunitarios educativos<sup>149</sup>.

En materia de salud, con el apoyo de la cooperación cubana, se ha puesto en marcha el programa “desnutrición cero” con intervenciones en diversos municipios. En el marco de la “operación Milagro”, de 2005 al 2008, 264.423 bolivianos y bolivianas han sido operados gratuitamente de la vista, 1.639 en Cuba (en el 2005) y 262.784 en Bolivia (2006-2008), y se han establecido 18 nuevos centros oftalmólogos y quirúrgicos con atención gratuita en los 9 departamentos del país. Además, de 2006 al 2008, se han construido 966 hospitales públicos y aumentado el acceso de la población a la atención sanitaria de 1,3 millones de personas en el 2005 a 15,8 millones de personas en el 2008<sup>150</sup>.

En materia de seguridad social, el 15 de octubre de 2007 el Ejecutivo mandó al Congreso para su aprobación el proyecto de ley que establece la “renta dignidad”, aprobado como Ley núm. 3791 de 28 de noviembre de 2007, la cual entró en vigor el 1 de enero de 2008. La renta dignidad es una renta vitalicia de vejez para todos los bo-

---

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> Ibid.

<sup>150</sup> Ibid.

livianos, sin excepción, mayores de 60 años. Según el artículo 5 de esta ley, la renta dignidad es de 2.400 bolivianos al año. En el caso de los beneficiarios de una renta de jubilación la renta anual será de 1.200 bolivianos. Mediante Decreto Supremo, el Poder Ejecutivo determinará la periodicidad de pago del beneficio (considerando las dificultades para el cobro en el área rural el Ministerio de Hacienda analiza la posibilidad de realizar pagos bimensuales o trimestrales), y los mecanismos de pago. Entre febrero y mayo de 2008, ya se han realizado más de 1,4 millones de pagos de la renta dignidad<sup>151</sup>.

En materia de consumo de electricidad, el Decreto Supremo Núm. 28.652 de 21 de marzo de 2006 estableció la “tarifa dignidad”, por la cual los hogares más pobres pagarán menos por la electricidad, mediante el descuento del 25% de la factura a los hogares con bajo consumo eléctrico. También, a partir de marzo de 2008, se inició el cambio gratuito de focos normales por focos de bajo consumo, con el objetivo de cambiar más de 6 millones de focos en el país en 90 días<sup>152</sup>.

Y, finalmente, en Ecuador la aplicación de un programa económico neoliberal en las últimas décadas ha supuesto altos niveles de pobreza, en el ámbito rural esta abarcó en el 2006 un 61,54% de la población; incremento de las desigualdades sociales, desde el año 1990 hasta el 2006 los sectores más ricos aumentaron su capacidad económica al pasar de 35,5% a 41,8% de concentración de la riqueza, mientras el 20% más pobre redujo su ingreso de 5% al 3,4%; reducción del presupuesto destinado a servicios públicos como educación, salud o seguridad personal y social, y expansión de la privatización de estos servicios, generando situaciones de exclusión para muchos sectores y de encarecimiento de su vida cotidiana; etc.<sup>153</sup>. Ante esta situación, el desafío que se le presenta al nuevo gobierno del Presidente Rafael Correa es impulsar un nuevo proyecto de redistribución de la riqueza y de universalización de los servicios públicos y derechos sociales, para ello el gobierno nacional ha impulsado el

---

<sup>151</sup> MINISTERIO DE HACIENDA. *Economía al día*. Núm. 701. La Paz. 2007.

<sup>152</sup> PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA. “Logros gestión de gobierno 2006-2008”. En: <http://www.repac.org.bo/destacados/Logros%20de%20Evo.pdf>

<sup>153</sup> Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES). *Plan Nacional de Desarrollo. 2007-2010. Resumen Ejecutivo*. Quito. Ecuador. pp. 11-15.



Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010, en el que se establecen un conjunto de objetivos y políticas a implementar durante los próximos años para conseguir mayores niveles de justicia social y de acceso de los ciudadanos a los derechos sociales en el país.

En consecuencia, no cabe duda que junto con el pleno reconocimiento jurídico de los derechos sociales y su justiciabilidad en los nuevos textos constitucionales venezolano, boliviano y ecuatoriano, existe también una voluntad política incuestionable de los respectivos gobiernos de invertir en programas y servicios sociales que permitan garantizar efectivamente el acceso de los ciudadanos a los derechos constitucionalmente establecidos.



## 7. DERECHOS SOCIALES, REDISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA E IGUALDAD SOCIAL. HACIA UNA INDIVISIBILIDAD, INTERRELACIÓN E INTERDEPENDENCIA DE LAS OBLIGACIONES

---

Hasta aquí hemos visto el avance en reconocimiento, protección y justiciabilidad que las nuevas constituciones latinoamericanas han implicado en materia de derechos sociales. Veremos ahora por qué es importante o qué implica este avance. Veremos como los nuevos textos constitucionales latinoamericanos, 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 democrático redistributivo de la riqueza y, por tanto, tendente a la igualdad social.

### 7.1. DERECHOS Y OBLIGACIONES

Todos hemos oído muchísimas veces la afirmación de que todo derecho implica obligaciones (o que toda obligación implica un derecho)<sup>1</sup>. Miremos el ejemplo tradicional de que A debe 10 euros a B. Esta situación otorga un derecho a A y la correspondiente obligación a B, derecho y obligación son aquí correlativos, ni uno podría existir sin la otra ni a la inversa, en caso de que uno de estos elementos se cancele, el otro queda también cancelado.

---

<sup>1</sup> Ver: J. BENTHAM. *Works*. III. p.159; o muchos otros escritores recientes: S. I. BEN y S. PETERS. *Social Principles and the Democratic State*. Allen & Unwin. Londres, 1959, pp. 101 y ss.; R. B. BRANDT. *Ethical Theory: the problems of normative and critical ethics*. Prentice-Hall. Engewood Cliffs, 1959, pp. 433-441; E. F. CARRIT. *Ethical and Political Thinking*. Clarendon Press. Oxford, 1947, p. 77; W. D. ROSS. *The Rights and the Good*. Gackett Pub Co. Indianapolis, 1988, pp. 48-56.

Esta correlación entre derecho y obligación es común, ocurre no sólo con las deudas sino en toda relación entre dos o más partes mediada por el Derecho<sup>2</sup>.

Ahora bien, aunque hay consenso en reconocer que los derechos implican obligaciones, no lo hay ni en la naturaleza de las obligaciones correlativas a los derechos, ni en la relación entre los distintos tipos de obligaciones que generan los derechos. A estas dos cuestiones dedicaré los siguientes puntos.

La hipótesis que plantearé es que para que pueda darse un modelo de Estado democrático redistributivo de la riqueza generador de condiciones de igualdad social, necesariamente, tienen que darse dos condiciones en materia de la correlación derecho-obligación:

1. Todos los derechos, los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, deben poder generar por igual, esto es de manera inmediata y en igual grado o eficacia, el mismo tipo de obligaciones positivas y negativas. La indivisibilidad de los derechos debe conllevar una indivisibilidad de las obligaciones; y,
2. Todas las obligaciones, positivas y negativas, que generen los derechos deben tener la misma importancia. La relación entre obligaciones positivas y negativas no puede ser de subordinación sino de interrelación e interdependencia.

Detengámonos en cada una de estas dos condiciones.

## **7.2. LA INDIVISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES. IGUALES DERECHOS, IGUALES OBLIGACIONES**

A modo general, podemos decir que todo derecho fundamental reconocido en las constituciones conlleva las siguientes seis obligaciones:

1. Una obligación negativa de las demás personas en base a la cual estas no pueden vulnerarnos el bien jurídico protegido por el derecho. En base al derecho a la integridad física, nadie puede torturarnos.

---

<sup>2</sup> D. LYONS. "The Correlativity of Rights and Duties". En C. NINO (ed.). *Rights*. New York University Press. Nueva York, 1992, pp. 45-55.

2. Una obligación negativa del Estado en base a la cual este no puede vulnerarnos el bien jurídico protegido. Tampoco las fuerzas de seguridad del Estado pueden torturarnos.
3. Una obligación positiva de las demás personas en base a la cual estas tienen que aportar los recursos materiales necesarios para que pueda hacerse efectivo el bien jurídico protegido por el derecho. Por ejemplo, a través de los impuestos.
4. Una obligación positiva del Estado en base a la cual este tiene que aportar los recursos materiales necesarios para que pueda hacerse efectivo el bien jurídico protegido<sup>3</sup>.
5. Una obligación positiva del Estado a protegernos de terceras partes si estas no cumplen con las obligaciones fijadas en los puntos 1 y 3.
6. Una obligación positiva del Estado a que adopte medidas para hacer efectivo las obligaciones de los puntos 4 y 5<sup>4</sup>.

En modelos constitucionales donde sólo los derechos civiles y políticos se reconocen como derechos fundamentales pero no los derechos sociales, estas obligaciones serán directamente aplicables para los derechos civiles y políticos pero no para los segundos. La aplicación de estas obligaciones para los derechos sociales dependerá del reconocimiento y desarrollo legislativo que el parlamento haga para cada derecho social y, en cualquier caso, aún así, el grado o eficacia de las obligaciones nunca serán las mismas. Por ejemplo, la obligación de protección inmediata y restitución en un plazo máximo, normalmente de 24 horas, que el procedimiento de amparo establece para un derecho civil o político vulnerado, no opera para el caso de un derecho social, cuya protección y restitución deberá seguir un procedimiento mucho más largo en la jurisdicción ordinaria en los

---

<sup>3</sup> En el caso de los derechos sociales, si bien estamos de acuerdo que en algunos casos, el gobierno no podrá satisfacer íntegramente todas las necesidades de la gente, al menos hay la certeza de que este debe hacer todo lo posible para conseguirlo y que no puede realizar políticas regresivas o en detrimento de las necesidades ya satisfechas. A. Sen, denomina a estos derechos contra el Estado “metaderechos”. Un metaderecho a algo X puede definirse, nos dice Sen, como el derecho a tener políticas que genuinamente persigan el objetivo de hacer el derecho a X realidad. (A. SEN. *The Right not to be Hungry*. SIM. Utrech, 1984, p. 69).

<sup>4</sup> C. FABRE. *Social Rights under the Constitution*. Ob. cit. pp. 41-42.

términos que dispongan las leyes que lo desarrollan. Además, en caso de conflicto entre un derecho civil o político fundamental y un derecho social no fundamental, las obligaciones positivas o negativas del Estado o los ciudadanos con los derechos civiles o políticos tienen prioridad con respecto a sus obligaciones con los derechos sociales.

Podríamos hablar entonces de estos como modelos donde los derechos civiles y políticos tienen obligaciones positivo-negativas perfectas (invulnerables) y los sociales obligaciones positivo-negativas imperfectas (vulnerables).

En este tipo de modelos constitucionales no puede existir nunca una auténtica redistribución de la riqueza ni igualdad social, pues, como decía antes en el capítulo 4, al percibirse los derechos individuales como derechos absolutos e inalienables que no pueden ser vulnerados y que deben garantizarse por encima de todo, los derechos sociales sólo pueden entenderse como simples instrumentos funcionales para corregir las disfunciones de la antinomia libertad-igualdad, pero sin constituir, en ningún momento, un elemento problemático para los primeros y, por tanto, redistributivo. Es importante diferenciar entre aquellos modelos donde hay una “redistribución de la riqueza” de aquellos otros donde “se ayuda a la gente que lo necesita”. Alguien puede argumentar que ayudar a la gente que lo necesita es también un principio de redistribución pues hay recursos que son transferidos, es decir redistribuidos, desde aquellos que pagan impuestos hacia aquellos que reciben beneficios sociales. Sin embargo, este es un juego de palabras con trampa. La transferencia de recursos es sólo una consecuencia de la necesidad de financiar la ayuda a aquellos que la necesitan. En otras palabras, es evidente que hay un efecto redistributivo en el imperativo de ayudar a aquellos que lo necesitan, pero esto es una consecuencia residual de este imperativo, no su razón de ser. Y si no, fijémonos en el siguiente ejemplo, puede ser que en una sociedad las medidas para ayudar a aquellos que lo necesiten sean efectivas y mejoren la calidad de vida de los pobres, pero al mismo tiempo la minoría rica de la población deviene cada vez más rica, en estas circunstancias las desigualdades sociales no son solventadas. A diferencia de este modelo, un modelo de redistribución de la riqueza e igualdad social consiste en dar a cada cual, en base a unos valores morales determinados (de méritos, igualdad, necesidades, etc.), lo que se piensa que le corresponde, y

sólo como consecuencia de ello, aquellos que están en situación de necesidad son ayudados<sup>5</sup>.

Pues bien, en contraposición a este modelo constitucional al que me acabo de referir, la Constitución venezolana de 1999, la de Ecuador de 2008 y la Constitución de Bolivia de 2009, como hemos visto en el capítulo 6, incorporan dentro del Título “derechos fundamentales”, a los derechos sociales con igual jerarquía, protección y justiciabilidad que los derechos civiles y políticos. Ello tiene como consecuencia que todos los derechos implican o conllevan, de manera inmediata y en igual grado o eficacia, como también hemos hecho referencia en el capítulo anterior, las 6 obligaciones señaladas. En las tres constituciones tanto los derechos civiles y políticos como los sociales implican:

1. Obligaciones negativas de las demás personas y del Estado a que no interfieran en el ejercicio del derecho.
2. Obligaciones positivas de las demás personas y del Estado a que aporten los recursos necesarios para poder ejercerse el derecho y, en el caso del Estado, a que proteja posibles vulneraciones del derecho y haga cumplir las obligaciones que los distintos sujetos, particulares y el propio Estado, tienen con los derechos.

Estos dos tipos de obligaciones, negativas y positivas, se complementan recíprocamente teniendo que hablar, al igual que hablamos de una indivisibilidad de los derechos, de una indivisibilidad de las obligaciones. Sólo en este modelo es que puede llegarse a construir una forma de Estado democrático redistributivo de la riqueza como terminaré de explicar en seguida.

### **7.3. INTERRELACIÓN E INTERDEPENDENCIA DE LAS OBLIGACIONES. DERECHOS Y OBLIGACIONES SEMI-PERFECTAS**

Una vez se tiene en claro la necesidad del igual tipo o naturaleza de las obligaciones en correlación con todos los derechos. Hay que re-

---

<sup>5</sup> J. C. ESPADA. *Social Citizenship Rights*. St. Antony's College. Oxford, 1996, p. 128.

ferirse al segundo elemento, la igual importancia de todas las obligaciones, positivas y negativas, que generan los derechos. Frente a las tesis de subordinación de las obligaciones positivas a las negativas, o a la inversa, cualquier modelo democrático que aspire a la redistribución e igualdad social debe basarse en la idea de interrelación e interdependencia de obligaciones positivas y negativas.

### **7.3.1. La tesis de subordinación de las obligaciones positivas a las obligaciones negativas**

En su obra *Social Rights Under the Constitution*, Cecile Fabre plantea la que denomina “tesis complementaria”<sup>6</sup>, en la que afirma que todos los derechos llevan implícito o suponen, por igual, obligaciones negativas y positivas. Ahora bien, ante la pregunta ¿qué obligaciones son más importantes?, la autora afirma que las obligaciones positivas son, en ocasiones, menos importantes que las obligaciones negativas.

Si bien el Estado sí tiene, nos dice, siempre una obligación positiva de dedicar todos los recursos materiales posibles para garantizar los derechos sociales de sus ciudadanos ya que existe una relación entre los ciudadanos y el Estado que hace que este último incurra en la obligación, los particulares no siempre la tienen, sí en cambio siempre tendrán obligaciones negativas. Los ciudadanos sólo tendrán una obligación positiva para el cumplimiento de los derechos sociales de otras personas cuando exista alguna relación especial entre el titular del derecho y ellos. Por ejemplo:

El hecho de que los “*homeless*” sean titulares del derecho a la vivienda no quiere decir que una persona que sea propietaria de tres viviendas tenga que estar obligada a ceder las dos viviendas deshabitadas a los primeros, puesto que no existe ningún tipo de relación especial entre los titulares del derecho a la vivienda y ella.

En cambio, un trabajador si tiene derechos positivos contra su empleador por el hecho de que los dos mantienen una relación determinada, en este caso contractual. El trabajador puede exigir al empleador que no le pague menos del salario mínimo establecido

---

<sup>6</sup> C. FABRE. *Social Rights Under the Constitution*. Ob. cit. pp. 45 y ss.



para asegurar su subsistencia, teniendo el empleador la obligación positiva de hacerlo<sup>7</sup>.

Esta posición mantenida por C. Fabre es sin embargo algo reduccionista, de acuerdo con ella tampoco nadie tendría entonces la obligación positiva de pagar impuestos ya que no conoce ni tiene ninguna relación especial con las personas que se beneficiarán de las políticas públicas que se realizarán con los ingresos provenientes de sus impuestos. Algunos teóricos de la ciudadanía, como D. Harris<sup>8</sup> o D. Miller<sup>9</sup>, han criticado esta postura y argumentan que no tiene que haber ninguna relación especial entre el titular del derecho y un tercero para que este último tenga una obligación positiva con el primero. El sólo hecho de que los dos sean miembros de la misma “comunidad” justifica que alguien esté en la obligación de ayudar a los que no están en condiciones de satisfacer sus derechos<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Ibid. p. 57.

<sup>8</sup> D. HARRIS. *Justifying State Welfare*. Blackwell. Oxford. 1987.

<sup>9</sup> D. MILLER. *On Nationality*. Clarendon Press. Oxford. 1995.

<sup>10</sup> Miller establece dos argumentos para justificar esta obligación de ayuda mutua. El primero señala que lo que crea tal obligación es el hecho de pertenecer a la misma nacionalidad, en un tono totalmente romanticista, Miller dice: “el que nuestros ancestros hicieran un gran sacrificio para construir la nación nos coloca a nosotros en la obligación de ayudar a nuestros contemporáneos”; El segundo argumento establece que la co-operación entre ciudadanos en el sistema productivo es el fundamento para la necesario redistribución de los recursos. El autor entiende la co-operación desde dos perspectivas: en primer lugar, como compensación por el costo incurrido en co-operar, las clases sociales favorecidas tienen que ayudar al bienestar de las clases sociales menos favorecidas como compensación a la contribución que las segundas hacen a su bienestar (esta idea se encuentra también en: R. TITMUS. *Commitment to Welfare*. Allen and Undwin, Ltd.. Londres. 1968; y, C. WELLMAN. *Welfare Rights*. Rowman and Allanheld. Totowa. 1982), la justicia redistributiva es, en este sentido, justicia compensatoria (ver: J. W. CHAPMAN (ed.). *Compensatory Justice*. New york University Press. Nueva Cork. 1991); y en segundo lugar, concibe la co-operación social como un bien común del que los ciudadanos no deberían estar excluidos y la redistribución de recursos es condición necesaria para evitar esta exclusión (sobre esta cuestión ver también: B. JORDAN. *The Common Good: Citizenship, Morality and Self Interest*. Blackwell. Oxford. 1989).

### **7.3.2. *La tesis de subordinación de las obligaciones negativas a las obligaciones positivas***

A diferencia de la anterior, esta tesis concibe las obligaciones positivas como más importantes que las negativas. El principal representante de esta visión es R. Plant<sup>11</sup>. Este autor sostiene que una mayor redistribución de la riqueza es indispensable para que la libertad se convierta en un valor universal. Para que una persona pueda tener autonomía y actuar libremente debe tener satisfechas sus necesidades básicas, afirma. Por tanto, Plant defiende un sistema de redistribución de la riqueza no porque considere la igualdad como un valor en sí mismo, sino como un instrumento para asegurar el valor libertad.

Frente a esta argumentación, J. C. Espada formula las siguientes cuestiones: conceder derechos sociales y redistribuir la riqueza nos hace a todos iguales y libres, pero si los individuos son totalmente libres, cada uno de ellos administrará sus iguales bienes de manera distinta, pues son totalmente autónomos para decidir qué hacer con ellos, lo que producirá, a la vez, diferentes resultados. Ello conduce inevitablemente, de nuevo, a la desigualdad social y, en consecuencia, a la falta de libertad, lo que obligaría, según la lógica de Plant, a realizar otro ejercicio de redistribución de la riqueza imponiendo repetidamente las obligaciones positivas por encima de las obligaciones negativas. De acuerdo con este modelo, nadie tendría nunca libertad del todo, todos tendrían la misma falta de libertad, todos serían iguales pero no igualmente libres<sup>12</sup>.

### **7.3.3. *Hacia la interrelación e interdependencia de las obligaciones. El ejemplo de la reforma agraria venezolana de 2001 y boliviana de 2006***

Cumplir a la perfección con las obligaciones positivas o las negativas, de manera aislada y perfecta, implica no cumplir las otras.

---

<sup>11</sup> Ver: R. PLANT. *Equality, Markets and the State*. Fabian Society. Tract núm. 494. Londres. 1984; "Social Rights and the Reconstruction of Welfare". En G. ANDREWS (ed.). *Citizenship*. Lawrence & Wishart. Londres. 1991; y, R. PLANT, L. HARRY y P. TAYLOR. *Political Philosophy and Social Welfare*. Routledge & Kegan Paul. Londres. 1980.

<sup>12</sup> J. C. ESPADA. *Social Citizenship Rights*. Ob. cit. pp. 144-147.

Difícilmente se puede hacer que alguien este obligado a colaborar en el bienestar de los otros, a hacer efectivos sus derechos sociales, si no se puede interferir en su fortuna ni en nada de lo que haga. Ello implica seguir diferenciando entre derechos y obligaciones absolutos y no absolutos.

Por tanto, todo modelo social democrático redistributivo de la riqueza es un modelo donde las diferentes obligaciones positivas y negativas (si bien cada una de ellas son plenamente vigentes para forzar su obediencia) pueden verse limitadas, en el marco del binomio libertad-igualdad, por las otras. Una sociedad donde exista igual eficacia de los derechos civiles, políticos y sociales, implica que las obligaciones positivas y negativas se inter-penetren, influyan y limiten constantemente<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Tradicionalmente, las obligaciones positivas de los particulares en el Estado social se han limitado, únicamente, a la política fiscal, los impuestos. E. Forsthoff caracterizó el Estado social como “un régimen de desplazamiento del producto social por medio de los impuestos” (E. FORTSHOFF. *Rechtsstaat im Wandel*. Kohlhammer. Stuttgart, 1964, p. 70). Este es un modelo que funcionó en los países de capitalismo avanzado en los tiempos de expansión económica desenfrenada y crecimiento del producto social, esto es, desde los años de reconstrucción económica iniciados después de la Segunda Guerra Mundial hasta la crisis económica mundial de la década de los 70, momentos de máximo esplendor del Estado social en Europa. Sin embargo, ¿qué pasa en los países pobres donde no existe este desarrollo económico? o, ¿qué pasa en los propios países de capitalismo avanzado cuando hay estancamiento económico y regresión del producto social? En tal contexto se plantea como anticipó E. Forsthoff, “una situación crítica para el Estado social” (Ibid. p. 107). Sólo la estabilidad y el buen funcionamiento de la economía podían proporcionar, en el Estado social industrial, los presupuestos para cumplir las tareas sociales (E. BENDA. “El Estado social de Derecho”. En E. BENDA, C. HESSE, J. J. VOGEL y W. MAIHOFFER. *Manual de Derecho Constitucional*. Ob. cit. pp. 550-551), el Estado social industrial sólo podía ser un Estado de alto rendimiento económico, cuando dejó de serlo, por la crisis económica de los 70, el Estado social entró también en crisis.

Esta experiencia histórica nos enseña que el Estado social redistribuidor de la riqueza no puede reducirse al mecanismo de la política fiscal, el Estado social no puede ser sólo una instancia de distribución de los frutos de una economía abandonada a sí misma, sino que debe fomentar y aplicar otros instrumentos de redistribución de la riqueza. Ejemplos de estos otros mecanismos son la expropiación, la distribución de la tierra, etc.

En consecuencia, ello implica, no una vulneración del derecho, sino una redefinición o cambios en los conceptos de derechos. El ejemplo paradigmático es el derecho a la propiedad, el cual está en la base de la construcción de la modernidad occidental. Durante los últimos años se ha producido un ajuste del contenido del derecho de propiedad sobre la base de restituir los vínculos entre uso y obligación y de recuperar el principio de solidaridad. La pérdida del carácter absoluto del derecho de propiedad sobre la base de consideraciones sociales.

En gran parte de las constituciones actuales el derecho de propiedad ya no sólo genera obligaciones negativas sino también positivas, la constitución exige a este derecho tener un uso y un goce social.

Aunque no es el único ejemplo, las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distribución social de riesgos y beneficios como criterio de determinación de obligación de reparar. El surgimiento del derecho al consumo ha transformado sustancialmente los vínculos contractuales cuando participan de la relación consumidores y usuarios. La consideración tradicional de la libertad de expresión y prensa ha adquirido dimensiones sociales que cobran cuerpo a través de la formulación de la libertad de información como derecho de todo miembro de la sociedad. La libertad de empresa y de comercio resultan moralizadas cuando su objeto o desarrollo conlleven un impacto sobre la salud o el medio ambiente. En suma, muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que los derechos y obligaciones absolutas pierden todo sentido<sup>14</sup>.

Para poner un ejemplo concreto de esta inter-penetración e inter-limitación de obligaciones positivo-negativas, podemos fijarnos en la reforma agraria llevada a cabo en Venezuela desde 2001 (Decreto Núm. 37.323, Ley de Tierras y desarrollo agrario), y en Bolivia en 2006 (Ley Núm. 3545 de reconducción de la Reforma Agraria por la que se modifica la Ley Núm. 1715 de octubre de 1996, del Servicio Nacional de Reforma Agraria), las cuales tienen su razón de ser en la distribución muy desigual de la posesión de las tierras rurales,

---

<sup>14</sup> V. ABRAMOVICH y C. COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ob. cit. p. 26.

junto con una muy extendida pobreza rural<sup>15</sup>, y su objetivo en la eliminación del latifundio y la distribución de la tierra a la población.

Este es un ejemplo claro de como el derecho de propiedad y el derecho a una alimentación adecuada contienen ambas obligaciones positivas y negativas que se inter-penetran y limitan entre ellas.

Así la obligación negativa estatal y de los ciudadanos de respetar el derecho a la propiedad de otras personas incluye el deber de no poder privar a estas otras de las tierras necesarias para satisfacer sus necesidades de alimentación o, como establece el artículo 398 de la Constitución boliviana, por ejemplo, que no sobrepasen la superficie máxima de 5.000 hectáreas, siempre y cuando no sean ociosas, cumplan función social y en ellas no exista régimen de servidumbre, esclavitud o semi-esclavitud. En este mismo sentido, el artículo 85.2 de la Constitución ecuatoriana de 2008, establece: “Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con violar los derechos humanos en casos particulares, la política o prestación deberá replantearse o adoptarse medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto”.

Pero al mismo tiempo, existe también la obligación positiva del Estado de expropiar, y la obligación positiva del dueño de las tierras de dar, previa indemnización, las tierras al Estado, para que las reparta entre a aquellos otros miembros de la sociedad que las

---

<sup>15</sup> En la actualidad existen en Bolivia familias como las Omar Yáñez Soto, Wilson Landívar y Alfredo Gutiérrez que poseen cerca de 131 mil hectáreas. Juan Carlos Bolsber, Martha Bolsber de Casal y su descendencia manejan un total de 70 mil hectáreas. La familia de Barbery Paz, que tiene lazos de parentesco con el ex ministro Roberto Barbery y actual comentarista de la red PAT es propietaria de 208.775, 468 hectáreas. La familia Monasterios, dueña de la red de televisión Unitel, obtuvo la propiedad de terrenos que anteriormente le habían sido incautados al ex ministro de educación Hedín Céspedes, a través de favores políticos con el Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR). En el club de las familias privilegiadas se encuentran también: Ricardo Angulo Reynaga, Hugo Speiser, Héctor Justiniano, José Dabdoub, José Saavedra Ortiz, Bruno Rafael Paz Y Branco Marincovick entre otras. Mientras los terratenientes concentran entre el 70% de las tierras cultivables del país, los campesinos están peleando por tener 20.050 hectáreas. (Ver: “Los peces gordos de la tierra: familias latifundistas”. En *El juguete Rabioso*. La Paz. 26 de noviembre de 2006).

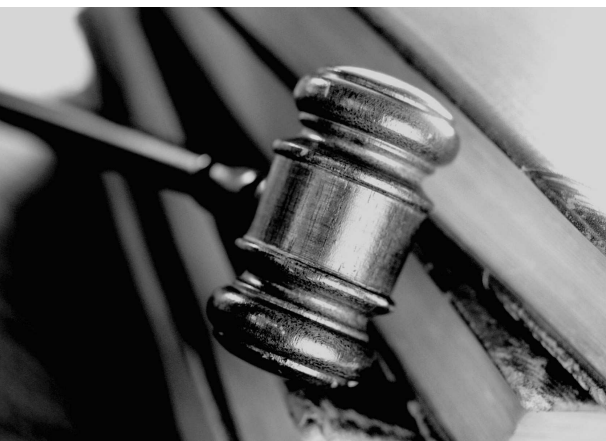
necesitan para poderlas cultivar y satisfacer su derecho a una alimentación adecuada.

En consecuencia, tanto cuando exigen el cumplimiento de las obligaciones del Estado y los particulares de no vulnerar derechos individuales, como cuando exigen resolver la operatividad de los derechos sociales y la ejecución de acciones positivas para el cumplimiento de los mismos, los derechos constitucionales pueden ser, en las nuevas constituciones venezolana, boliviana y ecuatoriana, objetivo de restricción por la existencia de otros derechos constitucionales. Así, se puede decir que no existen derechos absolutos, todos los derechos pueden ser materia de restricciones en tanto no excedan el límite de la razonable.



# www.tirantonline.com

Información jurídica en internet



Doctrina

Formularios

Jurisprudencia

Legislación

Bibliografía

## ¡Solicite hoy mismo su alta!

Para solicitar su alta, dispone de:

teléfono de atención al cliente: 96 369 17 28

un número de fax: 96 369 41 51

una dirección de correo electrónico:

**atencionalcliente@tirantonline.com**

o directamente en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

