

## **¿QUÉ CAMBIOS SE HAN DADO EN AMÉRICA LATINA? LOS EFECTOS DE LAS CARTAS DE DERECHOS DE LAS CONSTITUCIONES ANDINAS**

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ  
Universidad de Valencia

### **Resumen:**

Mucho se ha discutido acerca del modelo político-económico que han establecido, en sus respectivos países, las nuevas constituciones andinas. Seguramente, es difícil describir un modelo con rasgos homogéneos en los distintos países del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano. El gran logro o transformación de las nuevas constituciones andinas no hay que pretender encontrarlo en el establecimiento de una u otra nueva forma de democracia (democracia liberal de tercera generación, democracia socialista, democracia social, etc.). Lo que han hecho las nuevas Constituciones es establecer el suelo, la estructura base de partida para que pueda empezar a existir en estos países alguna, sea la que sea, forma de democracia. Y este era un elemento que no se daba en estos países. Esta estructura básica necesaria para la existencia de democracia es lo que podemos llamar: *el encaje entre la institucionalidad político-económica y los tipos antropológicos existentes en la sociedad*. Sin este encaje no puede existir ninguna forma de democracia.

**Palabras clave:** América Latina, democracia, nuevo constitucionalismo, derechos.

### **Abstract:**

A lot has been discussed about the political-economic model that the new Andean constitutions have established in their respective countries. Surely, it is difficult to describe a model with homogeneous features in the different countries of the so-called new Latin American constitutionalism. The great achievement or transformation of the new Andean constitutions cannot be sought in the establishment of one or another new form of democracy (third-generation liberal democracy, socialist democracy, social democracy...). What the new Constitutions have done is to establish the ground, the base structure of departure for the existence in these countries of some form of democracy. This was an element that did not exist in these countries. This basic structure necessary for the existence of democracy is what we can call: the fit between the political-economic institutionalality and the anthropological types existing in the society. Without this lace there can be no form of democracy.

**Key words:** Latin America, democracy, new constitutionalism. Rights.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Parece algo indiscutible afirmar que las nuevas Constituciones en la zona andina de América Latina han implicado transformaciones importantes en el interior de sus respectivos Estados. Pero, ¿qué tipo de transformaciones?

Durante los últimos años, desde varios sectores de la izquierda y los medios de comunicación alternativos, se ha presentado la idea que, fruto de los recientes procesos constituyentes, especialmente en Venezuela, Bolivia y Ecuador, se había dado una auténtica transformación en la estructura económica y la superestructura política de estos países, que llevaría a formas, en muchos casos idealizadas, de emancipación, llamadas por algunos socialismo del siglo XXI.

Un simple paseo por las calles de Caracas, La Paz o Quito basta para desmentir tal concepción y comprobar cómo continúan existiendo en ellas propiedad privada, personas muy pobres, pobres, ricos y muy ricos, o actitudes claramente machistas y racistas.

La tesis que defiende este trabajo es que el gran logro o transformación de las nuevas constituciones andinas no hay que pretender encontrarlo en el establecimiento de una u otra nueva forma de democracia (democracia liberal de tercera generación, democracia socialista, democracia social, etc.), podríamos pasarnos horas discutiendo sobre ello sin ponernos, seguramente, de acuerdo. El logro o transformación conseguida hay que encontrarlo en algo mucho más básico y elemental e, incluso, más importante.

Lo que han hecho las nuevas Constituciones es establecer el suelo, la estructura base de partida para que pueda empezar a existir en estos países alguna, sea la que sea, forma de democracia. Y este era un elemento que no se daba en estos países. Esta estructura básica necesaria para la existencia de democracia es lo que podemos llamar: *el encaje entre la institucionalidad político-económica y los tipos antropológicos existentes en la sociedad*. Sin este encaje no puede existir ninguna forma de democracia. Veámoslo.

## **II. EL ENCAJE ENTRE INSTITUCIONALIDAD POLÍTICO-ECONÓMICA Y LOS TIPOS ANTROPOLÓGICOS EXISTENTES EN LA MISMA COMO BASE DE LA DEMOCRACIA**

Cada institucionalidad socio-económica crea sus propios tipos antropológicos o sujetos tendientes a justificar y legitimar sus orígenes, funcionamiento, organización y objetivos. No sólo son los individuos los que crean un sistema socio-económico sino que, en gran parte, es este último, a través del Derecho por ejemplo, quien crea a los individuos.

Para entender esto, debemos partir del concepto de identidad jurídica. Este está conformado por dos elementos: un primer elemento regulado por el Derecho Público y un segundo regulado por el Derecho Privado.

El primero es un derecho originario, es decir, el derecho de todas las personas a tener un nombre y una nacionalidad, a tener identidad, como acto jurídico derivado de haber nacido en el territorio de un país determinado. Este primer elemento lo regula el Derecho Público.

El segundo elemento, encontramos que de la identidad anterior, de la nacionalidad, se desprende la posibilidad de la persona de realizar un conjunto de actos jurídico y participar en un conjunto de relaciones sociales. Este segundo elemento lo regula el Derecho Privado.

Partiendo de estos dos elementos, podemos afirmar que la identidad jurídica se compone de dos sub-identidades: la identidad constitutiva (o la noción de “sujeto de derecho”) y la identidad interpelativa (o la noción de “sujeto con derechos”).

Respecto a la primera, la identidad *constitutiva* (la noción de “sujeto de derecho”): la noción de sujeto es la ficción fundante de todo sistema jurídico. La estructura del derecho moderno se organiza y se sostiene en torno a la categoría de sujeto, el Derecho siempre interpela a un “hombre”. Ahora bien, es mediante el discurso jurídico que se explica cómo el Derecho interpela al sujeto que este hombre se constituye (identidad). Es mediante la institución jurídica que los hombres toman conciencia de sí y se ven siendo como lo que el Derecho les dice que son<sup>1</sup>. La Constitución y el Código Civil establecen quiénes son personas (esto es sujetos de derecho), tipo y extensión de su capacidad, cualidades y atributos tales como el nombre, el domicilio, los requisitos que deben cumplir para la realización de hechos y actos jurídicos, etc. Es a partir de mirarse y reconocerse en ese modelo que aparece la imagen de cada uno en el espejo (la imagen que cada hombre tenga de su propia existencia depende del modelo de hombre implicado en el discurso jurídico). Sin identificación no hay identidad.

En consecuencia, los hombres no inventan el Derecho después de estar constituidos como sujetos sino que es el Derecho el que inventa el sujeto (en el discurso liberal sujeto como “ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”), lo que significa que es desde el poder que se constituye el “sujeto de derecho”, que se dota de identidad a todo aquel al que instituye como tal.

Y, con respecto a la segunda, la identidad *interpelativa* (la noción de “sujeto con derechos”): una vez el derecho constituye el “sujeto”, lo interpela. La Ley lo alude, le habla, lo autoriza, lo interdicta, le prohíbe, le establece algún lugar en el campo de la legitimidad o lo excluye de él, le otorga la palabra o le priva de ella, etc.. Cada una de

---

<sup>1</sup> A. RUIZ. “La categoría del sujeto de Derecho”. En E. MARÍ, R. ENTELMAN, C.M. CÁRCOVA y A. RUIZ. *Materiales para una teoría crítica del Derecho*. Abedelo-Perrot. Buenos Aires. 1991.

estas interpelaciones está orientada hacia ciertos individuos que, supuestamente, ya están constituidos como sujetos de derecho.<sup>2</sup>

Mediante las interpelaciones del discurso jurídico (se nombra a los individuos como sujetos específicos y no como sujetos en general: “acreedor”, “deudor”, “homicida”, “pródigo”, “buen padre de familia”, etc.), el Derecho establece las inter-relaciones entre los sujetos de derecho que permiten a éstos, constituir un sistema de relaciones sociales auto-reproductivo, dentro del cual se sienten provenientes y reproductores de sí mismos, herederos, transmisores y actores de una determinada manera de estructurar su espacio (identidad).

A pesar de esta separación metodológica, la identidad jurídica es una, no pueden en la práctica separarse o marcar una frontera entre la (sub)identidad constitutiva y la interpelativa en cada sujeto. Existe una “simultaneidad” en el hecho de constituirse como sujeto de derecho y establecer inter-relaciones jurídicas. Adquirir la condición de sujeto supone reconocimiento de la existencia de un cierto tipo de relaciones con otros y, al mismo tiempo, ocupar un lugar determinado para el cruce de relaciones me constituye como sujeto al interpelarme.

Pues bien, estas dos sub-identidades conforman lo que he llamado la noción de *sujeto constituido-interpelado*, que en el discurso liberal es, repito, el individuo “libre” y “autónomo” con capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Tal sujeto constituido-interpelado constituye la ficción fundante a partir de la cual se ordena una sociedad históricamente determinada y la vida de los individuos que viven en ella, en tanto se vuelve una clave interpretativa fundamental de la organización social, política y económica (a cada manera de conceptualizar, mediante el Derecho, al “sujeto” y su naturaleza corresponden formas definidas de mentar los actos acordes a las necesidades del poder que lo instituye como tal). Toda construcción histórica de una noción constitutivo-interpelativa de sujeto va acompañada pues, de la creación de un imaginario simbólico-racional tendiente a justificar y legitimar las instituciones y estructura social de la formación socio-histórica en cuestión, su funcionamiento, su origen, su organización y sus objetivos. En consecuencia, toda forma de organización política, social y económica, sólo se puede crear y legitimar a partir de una determinada noción de sujeto constituido-interpelado que se adecue a su institucionalidad político-económica.

---

<sup>2</sup> Ibid.

En resumen, una forma de democracia tendrá legitimidad y podrá funcionar sin necesidad de autoritarismo y violencia física cuando en su interior se dé una correspondencia o encaje entre el régimen político-económico y los tipos antropológicos existentes en el mismo. Ello es indispensable para su buen funcionamiento.

La democracia liberal moderna necesita de un conjunto de tipos antropológicos modernos, que ella misma creó, para poder funcionar adecuadamente de manera más o menos democrática. A nivel superestructural necesita del juez no corrupto, del funcionario weberiano, el político con vocación de servicio público, etc. Y, a nivel estructural, necesita también, del trabajador para quien su trabajo, pese a todo, era una razón de orgullo, del empresario schumpeteriano que combina la inventiva técnica con la capacidad de reunir capital, de organizar una empresa y de explorar y crear mercado. Cuando una democracia liberal se conforma de estos sujetos tiene legitimidad y funciona.

De igual manera, la democracia socialista necesita también de un conjunto de tipos antropológicos, creados por ella, para poder funcionar: el hombre nuevo o ciudadano solidario capaz de sacrificarse por el bien colectivo, el maestro consagrado a su tarea, etc. Cuando en la democracia socialista se dan estos sujetos de manera generalizada, podría funcionar sin represión.

Ahora bien, cuando en un sistema hay un desencaje entre institucionalidad y formas antropológicas, como paso en la URSS o pasa en el actual Estado neoliberal, este deja de ser democrático y la única manera que tiene para perpetuarse es degenerar en autoritarismo.

### **III. LOS VIEJOS DESENCAJES EN LOS PAÍSES ANDINOS**

A los largo de la historia, tanto del capitalismo como del socialismo, han existido, periódicamente, situaciones de ingobernabilidad, de desencaje entre sistema político-económico y tipos antropológicos.

En los países de América Latina, este desencaje o ruptura entre ambos elementos venía dándose, desde hacía décadas o siglos, en tres ámbitos distintos: lo que podemos llamar una ruptura o desencaje étnico-cultural; una ruptura o desencaje de la institucionalidad con los de abajo y una ruptura o desencaje de la institucionalidad con los de arriba.

#### **III.1. La ruptura o desencaje étnico-cultural**

Los procesos de independencia implicaron una emancipación de los países andinos de sus centros coloniales, no obstante, tuvieron también un fuerte componente de continuidad ya que las nuevas instituciones, el Derecho, la organización territorial del Estado y las formas de organización de la economía, etc. instituidas por las nuevas Constituciones, continuaban siendo aquellas provenientes de la cultura dominante de los países “blancos” y colonizadores del continente europeo. Una moderna institucionalidad “blanqueada” propia del Estado-nación construida alrededor del sujeto de referencia liberal-mestizo que no se correspondía, en el caso de países como Colombia, Bolivia, Ecuador, Venezuela, etc. con los sistemas organización y formas de elección de autoridades políticas, de ejercicio del Derecho o la justicia como sistema de relaciones inter-subjetivas, de organización económica, etc. de los pueblos indígenas, pueblos que, en países como Bolivia, abarcan alrededor del 65% de la población del país.

En consecuencia, el hecho de que en el Estado liberal, este fuera la única fuente de producción de juridicidad y discurso jurídico, hacía que fuera también la única fuente de despliegue en la sociedad del sistema de representaciones que conforman “lo legítimo” (los sistemas normativos infra-estatales -derecho indígena-, no sólo no tenían la categoría de “juridicidad”, eran *no-jurídicos*, sino que además, en tanto alguna de sus normas establecían conductas que, conforme con alguna norma del otro sistema, podían verse como infracción de este último, pasan a ser delito, usurpaciones de funciones o sistemas normativos *anti-jurídicos* y por tanto, perseguibles mediante la violencia “legítima” del Estado). Ello excluyó la posibilidad de reconocimiento y desarrollo de cualquier otro tipo de identidad o de forma antropológica que no sea la del individuo abstracto propia del liberalismo.

Esta era la primera ruptura entre sistema político-económico y formas antropológicas – étnico-culturales- en estos países.

### **III.2. La ruptura o desencaje de la institucionalidad con los de abajo**

¿A qué me refiero cuando hablo de desencaje entre la institucionalidad y los de abajo? El Estado Constitucional capitalista no sólo implicó una mercantilización de las relaciones económicas, sustituyendo en el ámbito laboral el viejo contrato de “servicio fiel” entre el señor y su séquito y vasallos (*Kommendation*) por la prestación de trabajo en el ámbito fabril, sino también de la relación política.

En este sentido, autores como Schumpeter<sup>3</sup> o Anthony Downs<sup>4</sup>, sostuvieron que en las sociedades capitalistas, el sistema político está organizado en torno a una relación (mercantilizada) análoga al contrato económico mercantil.

De acuerdo con esto, podemos decir que hay una correspondencia entre<sup>5</sup>:

- La evolución de las relaciones de producción y participación en los recursos económicos que se dan entre propietarios de medios de producción y trabajadores. Donde parte del valor del producto final vuelve al trabajador en forma de salario, mientras que otra parte (la plusvalía) es acumulada en manos del propietario.
- Con la evolución de las relaciones de producción y participación en la decisiones políticas entre Estado como “propietario” de recursos políticos de varios tipos, y la Sociedad civil (agregado de actores, entre ellos, el Trabajo) como productor de la mayor parte de estos recursos (a través de impuestos y otras contribuciones económicas, votos, prestaciones y servicios personales de todo tipo incluyendo los soldados o funcionarios subalternos, etc.). Donde parte del “producto final” vuelve a la sociedad en forma de obras públicas, medidas políticas económicas o sociales de protección, servicios públicos, de defensa, etc., mientras que otra parte (el “superplus o plusvalía política”) es reinvertida y/o consumida por el Estado para su conservación y desarrollo o para su trasvase directo (en forma de privilegios especiales) a las élites económicas y políticas.

Para que esta relación mercantilizada en el ámbito político entre ciudadanos y Poder pueda funcionar, aun y tratarse de un sistema de interrelación asimétrico o desequilibrado, donde el saldo de la balanza es deficitario para los ciudadanos, es necesaria la inclusión de los ciudadanos, el reconocimiento de derechos de ciudadanía que los integre como parte del sistema. El sistema sólo puede funcionar si los individuos de a pie son “*partes incluidas en el sistema*”. Individuos que forman parte de un sistema jerárquico de integración social, de distinta posición entre los incluidos. Es un sistema de integración subordinada, pero quien se encuentra abajo está dentro, y su presencia es indispensable.

El gran problema de las sociedades latinoamericanas durante décadas, ha sido que gran parte de los de abajo, amplios sectores de población urbana que trabajan en la economía informal o de población rural en zonas donde el Estado no llega, formaban parte de un

---

<sup>3</sup> J. SCHUMPETER. *Capitalismo, socialismo y democracia*. Claridad. Buenos Aires. 1946.

<sup>4</sup> A. DOWNS. *An Economic Theory of democracy*. Harper and Row. Nueva York. 1956.

<sup>5</sup> V. PÉREZ DÍAZ. *Estado, burocracia y sociedad civil*. Alfaguara. Madrid. 1978. pp. 91-108.

sistema jerárquico, aunque dominado por el principio de exclusión. Quienes estaban abajo, estaban afuera, y su presencia era prescindible<sup>6</sup>.

Ello daba lugar a una inadecuación o desencaje de la forma antropológica de los de abajo (trabajadores autónomos en la economía informal, campesinos de zonas olvidadas por el Estado, etc.), con el sistema político-institucional que necesita de subalternos-incluidos para poder funcionar.

### **III.3. La ruptura o desencaje de la institucionalidad con los de arriba**

Conjuntamente con la existencia de conflicto, la democracia exige también la existencia de instancias o mecanismos de organización de esta coexistencia plural y conflictiva, espacios de convergencia o síntesis, por encima de las clases o grupos en conflicto, que permitan una transacción entre ellas y eviten que el conflicto derive en autoritarismo o guerra. Uno de estos organismos necesarios, entre muchos otros, son las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales las cuales deben realizar de manera honrada una función de transacción entre las aspiraciones sociales, el orden querido, y la necesidad de conservar el orden, el orden real; o otros, como un sistema de pluralismo político que represente los diferentes intereses corporativos de clase existentes en la sociedad y de espacios representativos plurales donde estos puedan mediar para convertir en normas la conflictiva y magmática realidad social.

Si bien en Latinoamérica, las Constituciones liberales introdujeron una modernización de institucionalidad estatal, esta modernización nunca se produjo en el ámbito de la vida judicial y política existente en su interior, que continuó rigiéndose por relaciones políticas pre-modernas. Uno de los rasgos de la vida política en muchos de estos países, durante las últimas décadas neoliberales, ha sido la fuerte corrupción o dependencia político-económica del Poder Judicial, o el hecho de que algunos de los más grandes empresarios del país han ocupado la dirección de los principales partidos políticos o han conformado sus propios partidos políticos (como Gonzalo Sánchez de Lozada al frente del Movimiento Nacionalista Revolucionario -MNR- en Bolivia, o Álvaro Noboa del Partido Renovador Institucional Acción Nacional -PRIAN- en Ecuador), por medio de los cuales han accedido al poder Legislativo o Ejecutivo.

---

<sup>6</sup> Acerca de la diferencia entre desigualdad y exclusión ver : B. DE SOUSA SANTOS. *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social*. ILSA. Bogotá. 2003. p. 125.

Uno de los resultados de esta presencia directa de los empresarios en los poderes del Estado ha sido que estos no han sido espacios plurales de transacción y mediación entre clases, sino meros espacios de uso patrimonialista de los bienes públicos y de las instituciones públicas en beneficio de redes clientelares que se han articulado para acceder a cargos públicos y en beneficio de sus empresas en particular.

Ello provocaba que la forma antropológica de los políticos y jueces, de los de arriba, tampoco se correspondiera con la necesaria para que un sistema de democracia liberal funcionara.

#### **IV. LAS NUEVAS CONSTITUCIONES ANDINAS COMO REESTABLECEDORAS DEL ENCAJE**

Frente a estos desencajes históricos una de las principales expectativas que la gente de la calle tenía con respecto a los procesos constituyentes abiertos en las últimas dos décadas en la zona andina del continente y las nuevas constituciones surgidas de ellos era, más que grandes transformaciones estructurales, la superación de las fracturas étnico-cultural, socio-económica y política y el establecimiento de la estructura básica necesaria para la existencia de democracia. El avance en reconocimiento, protección y justiciabilidad que estas nuevas Constituciones conformadoras de los que algunos hemos llamado neoconstitucionalismo latinoamericano<sup>7</sup> (Constitución de Colombia de 1991<sup>8</sup>, de Ecuador de 1998<sup>9</sup>, de Venezuela de 1999, de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009) han implicado en materia de derechos, constituyen, a diferencia de otras Constituciones, un marco ideal para el establecimiento de las bases jurídico-constitucionales necesarias para la creación de una ciudadanía (entendida como el

---

<sup>7</sup> Ver A. NOGUERA y M. CRIADO. “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, en *Estudios socio-jurídicos*. Vol. 13. No. 1. Bogotá. 2011. pp. 15-49.

<sup>8</sup> La Constitución de Colombia de 1991 presenta ya, de manera primitiva, muchos rasgos que la diferencian claramente de la tradición constitucional occidental y que serán desarrollados posteriormente por los procesos constituyentes de Ecuador, Venezuela y Bolivia.

<sup>9</sup> Aunque fue a raíz de la lucha del movimiento indígena, representado en la Confederación de nacionalidad Indígenas de Ecuador (CONAIE) y su brazo político Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País, creado en 1995, que se produjo la caída del ex-Presidente Abdala Bucaram, en 1997, y la convocatoria de una consulta popular para celebrar una Asamblea Constituyente; los resultados en las elecciones a asambleístas no fueron muy buenos para Pachakutik ni los partidos de izquierda en general y favorecieron a los partidos conservadores que obtuvieron mayoría. Sin embargo, hay que reconocer que la Constitución salida de la Asamblea Constituyente de 1998 mantuvo varios de los rasgos principales que había inaugurado la Constitución colombiana de 1991 e introdujo avances importantes en lo referido a la carta de derechos.

conjunto de condiciones que garantizan la pertenencia a un colectivo) inclusiva y con amplios niveles de igualdad formal y material.

Los mecanismos utilizados por las nuevas constituciones para poner fin a los históricos desencajes entre la institucionalidad político-económica y los tipos antropológicos existentes en la sociedad y redefinir la ciudadanía han sido, por un lado, el reconocimiento de una amplia carta de derechos y, por el otro, el establecimiento de mecanismos para garantizar la justiciabilidad de tales derechos.

#### **IV.1. Reconocimiento de una amplia carta de derechos**

Las nuevas constituciones andinas no sólo reconocen muchos derechos que no estaban constitucionalizados anteriormente, sino que además, otorga a cada uno de ellos un mayor desarrollo en su contenido, así como de sus indicadores y del papel del Estado para el logro de su satisfacción.

Me detendré a continuación en los distintos grupos de derechos que permiten restablecer, respectivamente, los tres desencajes señalados: derechos de los indígenas y sus pueblos o naciones; derechos económicos y sociales de trabajadores informales; y, derechos de participación política y control democrático.

##### **IV.1.1 Reconocimiento de los derechos de los indígenas y de sus pueblos o naciones**

Durante el último cambio de siglo hemos asistido a un salto cualitativo en el reconocimiento constitucional de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en Latinoamérica. Los nuevos textos constitucionales vienen ahora a dedicarles a los pueblos indígenas, como sujetos colectivos de derechos así exactamente identificados, una atención impensable ya no digo hace un siglo atrás sino hace veinticinco años atrás. Existen ya varios países donde se desarrolla una extensa legislación indigenista en el plano constitucional -aunque la amplitud de estos derechos difiere, naturalmente, según el caso concreto-. Estas Cartas se responsabilizan por sus comunidades y fijan ciertas reglas para permitir la supervivencia de su cultura y la protección de sus tierras. El multiculturalismo constitucional contenido en estos articulados es un fenómeno reciente que se inicia en 1986 con la promulgación de las Cartas constitucionales de Guatemala

y Nicaragua<sup>10</sup>, y que adquirirá especial desarrollo con la constitución colombiana de 1991 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano. En el texto colombiano encontramos ya una gran cantidad de artículos referentes a los derechos de los pueblos indígenas: reconocimiento y protección de diversidad étnica y cultural del Estado (art. 7); reconocimiento de la oficialidad, en sus respectivos territorios, de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos y enseñanza bilingüe en estas zonas (art. 10); derecho de los integrantes de los grupos étnicos a una formación y educación que respete y desarrolle su identidad cultural (art. 68); derecho a la nacionalidad para los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos (art. 96.2); existencia de circunscripciones especiales para la elección de senadores por parte de las comunidades indígenas (art. 171); existencia de circunscripciones especiales para la elección de miembros de la Cámara de representantes por parte de las comunidades indígenas (art. 176); derecho de los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales según sus normas y procedimientos, dentro de sus territorios (art. 246)<sup>11</sup>; reconocimiento de los territorios indígenas como entidades territoriales propias dentro de la organización territorial del Estado (art. 286); establece el mandato de dictar una Ley que reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras desde años atrás, la propiedad colectiva sobre las mismas (art. Trans. 55).

Con posterioridad, la mayoría de estos derechos reconocidos en Colombia fueron recogidos también, y ampliados a muchos otros, por las constituciones de Ecuador de

---

<sup>10</sup> C. GREGOR BARIÉ. *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. Ed. Instituto Indigenista latinoamericano (México)/Comisión Nacional para el desarrollo de los pueblos indígenas (México)/ Editorial Abya-Yala (Ecuador). 2003. p. 87.

<sup>11</sup> El artículo 246 de la Constitución colombiana de 1991 establece la jurisdicción indígena según la cual las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando “se respete la Constitución y la Ley”. No obstante, en 1996 la Corte Constitucional de Colombia, mediante la Sentencia T-349, manifestó que no todas las normas constitucionales y legales constituyen un límite a las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas, de lo contrario “el reconocimiento de la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”. El juez constitucional a través del principio de la “maximización de las comunidades indígenas” y, por tanto, de la “minimización de las restricciones” a las indispensables para salvaguardar intereses de mayor jerarquía, determinó que las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales se encuentran sometidas a unos “mínimos aceptables”, por lo que “sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”. En efecto, la corporación señaló que este “núcleo de derechos intangibles incluirá solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura”. La Corte fundamentó esta postura con base en que, por un lado, sobre estos derechos existe un “consenso intercultural”, y, por otro, son derechos que de conformidad con los tratados de derechos humanos y el derecho internacional humanitario son parte del “núcleo de derechos intangibles”. Además, la Corte adicionó a este conjunto de derechos, el derecho del sujeto a un “debido” proceso (previsibilidad) adecuado a su cultura, esto es a ser juzgado según las normas y procedimientos pre-existentes en su cultura. (Sentencia T-349 de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz).

1998<sup>12</sup> y 2008<sup>13</sup>, Venezuela de 1999<sup>14</sup> y sobretodo, Bolivia de 2009 que es el texto más avanzado en la actualidad en reconocimiento de derechos de los pueblos y naciones indígenas.

El reconocimiento de la plurinacionalidad en el texto constitucional boliviano no aparece como un mero adjetivo formulado a la hora de definir el tipo de Estado, el órgano legislativo, llamado Asamblea legislativa Plurinacional, la Corte Constitucional, denominada Tribunal Constitucional Plurinacional, etc., sino que este carácter se transversaliza, haciéndose efectivo, a lo largo de las diferentes partes de la Constitución. Se manifiesta, entre otros aspectos, en la inclusión de la esfera simbólico-lingüística de los diversos pueblos y naciones en la dimensión ética de legitimación política del Estado (arts. 5 y 6.II), en la obligación de garantizar en las listas electorales una presencia proporcional de representantes de los pueblos y naciones indígenas que existen en la circunscripción en cuestión (art.149.I), en la presencia de representantes de los pueblos indígenas, elegidos por sus procedimientos de elección de autoridades, en los órganos legislativos de los distintos niveles territoriales del Estado (arts. 11.II.3,

---

<sup>12</sup> Algunos de los derechos que en este sentido recoge la Constitución ecuatoriana de 1998 son: el reconocimiento de la diversidad de pueblos, etnias y culturas (Preámbulo); reconocimiento del Estado social de derecho, pluricultural y multiétnico (art. 1); creación de Defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas (art. 24, 10); Obligación del Estado de fomentar la educación intercultural multilingüe (art. 62, 66, 69); reconocimiento y derechos colectivos para pueblos indígenas: identidad y tradiciones, tierras comunitarias son inalienables, nuevas adjudicaciones, usufructo de recursos renovables, participación en explotación, preservar formas tradicionales de organización social, conocimientos ancestrales, administración de patrimonio cultural, educación bilingüe, medicina tradicional, intervención en planes del desarrollo, participación en organismos oficiales (art. 84); Aplicabilidad de los derechos colectivos a pueblos negros o afroecuatorianos (art. 85); reconocimiento de los principios del *Ama quilla, ama llulla, ama shua* -no ser ocioso, no mentir, no robar- (art. 97, 20); reconocimiento de circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianos (art. 224, 228); reconocimiento de las transacciones por trueque (art 253); etc.

<sup>13</sup> La Constitución ecuatoriana de 2008 reconocerá todos los derechos incluidos en la de 1998 reconociendo, además, muchos otros. Sobre los derechos indígenas en el texto ecuatoriano de 2008, ver: J. MONTAÑA. “La función judicial y la justicia indígena en la constitución ecuatoriana”. En R. ÁVILA, A. GRIJALVA y R. MARTÍNEZ. *Desafíos constitucionales: la constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Ministerio de Justicia/Tribunal Constitucional. Quito. Ecuador. 2008. pp. 189-216.

<sup>14</sup> En materia de derechos de los pueblos indígenas, la Constitución venezolana de 1999 se caracteriza por: reconocimiento de una sociedad democrática, multiétnica y pluricultural (Preámbulo); reconocimiento de la oficialidad de los idiomas indígenas para los pueblos indígenas (art. 9); respeto a la interculturalidad (art. 100); reconocimiento a los pueblos y comunidades indígenas de su organización, cultura, usos, costumbre, idiomas, hábitat, derechos originarios sobre tierras que son inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 119); derechos de consulta antes de ser aprovechados los recursos naturales en hábitats indígenas (art. 120); derecho a identidad étnica: lugares sagrados, educación intercultural y bilingüe (art. 121); reconocimiento y protección de su medicina tradicional (art. 122); reconocimiento y protección de las prácticas económicas de pueblos indígenas (art. 123); protección de la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas (art. 124); representación indígenas en Asamblea Nacional y en otros cuerpos deliberantes (art. 125); régimen especial de tierras de comunidades y pueblos indígenas (art. 181); derecho de los pueblos indígenas a elegir tres diputados o diputadas, respetando sus tradiciones y costumbres (art. 186); reconocimiento de la jurisdicción indígena en sus territorios (art. 260); obligación del Defensor del pueblo de velar por los derechos indígenas (art. 281); etc.

149.I, 279, 285.II), en el reconocimiento del derecho de los pueblos y naciones indígenas a tener su propia jurisdicción (art. 191), en la presencia de magistrados indígenas en el Tribunal Constitucional (art. 198.I), etc.<sup>15</sup>

El reconocimiento de todos estos derechos indígenas en el propio texto constitucional es, por tanto, otra de las novedades de las nuevas constituciones en América Latina. Hasta estos textos, tanto en América Latina como en otros países donde se reconocen tales derechos, no eran las constituciones sino la legislación derivada de la misma la que consagraba el reconocimiento de muchos derechos indígenas a los que la constitución ni siquiera hacía mención general<sup>16</sup>. No obstante, el paso del reconocimiento de estos derechos del plano infraconstitucional al plano constitucional supone un gran avance, pues la constitucionalización de estos derechos, desde el punto de vista de la eficacia y alcance legal, es más conveniente, ya que elimina su diseminación y disgregación<sup>17</sup>.

#### IV.1.2. Reconocimiento derechos económicos y sociales a los trabajadores informales

Las nuevas constituciones latinoamericanas establecen una extensa sección dedicada a los derechos al trabajo y al empleo, donde reconoce a los trabajadores una serie de derechos no sólo de carácter individual sino, también, colectivos (derecho al trabajo digno, y ligado a este, la seguridad e higiene en el trabajo, la prohibición de discriminación y una remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure al trabajador y a su familia, una existencia digna, el derecho a la negociación colectiva, el derecho de los trabajadores a organizarse en sindicatos, el derecho a la

<sup>15</sup> Sobre el reconocimiento de la plurinacionalidad y los derechos indígenas en el texto boliviano de 2009, ver: A. NOGUERA. "Plurinacionalidad y autonomías. Comentarios para iniciar el debate entorno el nuevo proyecto de Constitución boliviana". *Revista Española de Derecho Constitucional*. CEPC. No. 84. Madrid. España. 2008. pp. 147-177; y, A. NOGUERA. "Diálogos sobre la plurinacionalidad y la organización territorial del Estado en Bolivia". *Revista Española de Derecho Constitucional*. CEPC. No. 87. Madrid. España. 2009. pp. 241-270.

<sup>16</sup> En Bolivia, por ejemplo, antes de que la constitución de 2009 recogiera todos los derechos indígenas, estos estaban dispersos en más de 60 leyes, decretos supremos y reglamentos. Especialmente, las Leyes de Participación Popular (1994), INRA (1996), Municipalidades (1999) y de Agrupaciones Ciudadanas y Pueblos Indígenas (2004).

<sup>17</sup> Como dice C. Valcarce: «No basta con que un tema, una problemática o un derecho sean parte de un ordenamiento jurídico, sobre todo en países, como el nuestro, en los que la estabilidad o vigencia de la ley es volátil o su observancia está debilitada. Es necesario que estos aspectos estén revestidos de un manto constitucional para asegurar su mayor eficacia» (C. VALCARCE. *Análisis de la temática indígena/campesina en el derecho constitucional comparado, en perspectiva de la reforma constitucional boliviana*. Apostamos por Bolivia. La Paz. 2004. p. 14).

huelga, etc.). Además de estos, las constituciones reconocen también una larga lista de derechos sociales.

Sin embargo, una de las novedades más importantes de algunas de estas nuevas constituciones la encontramos en la extensión de estos derechos a “todas las formas de trabajo”. 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 de los sujetos afectados por ellas. 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>18</sup>. La extensión del trabajo informal en el continente latinoamericano es muy grande (para 2004, según cifras de la OIT del 2005, en Colombia, Ecuador, Bolivia, Paraguay y Perú la incidencia del sector informal era de poco menor o superior al 60%), conformando estos trabajadores los grandes olvidados de los derechos sociales.

Si bien las Constituciones de Ecuador de 1998 y de Venezuela de 1999, establecieron la obligación de protección por parte del Estado de las distintas formas comunitarias y autogestionadas de trabajo<sup>19</sup>, no hicieron referencia explícita a los trabajadores cuentapropistas del sector informal. Sí se referirán, en cambio, a ellos la Constitución de Bolivia de 2009, al igual que la de Ecuador de 2008<sup>20</sup>.

El art. 333 de la Constitución de Ecuador de 2008 establece “Se reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de autosustento y cuidado humano que se realiza en

---

<sup>18</sup> G. PISARELLO. *Los derechos sociales y sus garantías*. Trotta. Madrid. 2007. pp. 30-31.

<sup>19</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 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).

<sup>20</sup> Para un estudio sobre la carta de derechos de la Constitución ecuatoriana de 2008, puede verse: A. NOGUERA. “El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008”. *Revista Vasca de Administración Pública*. No. 83. IVAP. Enero-abril. Oñati. País Vasco. 2009; y, R. ÁVILA, A. GRIJALVA y R. MARTÍNEZ (eds.). *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008*. Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia. Quito. 2008.

los hogares” y el art. 34: “El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo”.

En este mismo sentido, el texto boliviano, 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.

A parte del reconocimiento de derechos laborales a los trabajadores del sector informal, esta última Constitución hace también referencia a las personas, normalmente mujeres, dedicadas sólo al trabajo doméstico. El artículo 338 de la Constitución boliviana hace un reconocimiento retórico al trabajo del hogar.

#### IV.1.3 El reconocimiento de derechos de participación y control democrático

Otra de los rasgos característicos de las nuevas constituciones latinoamericanas es la democratización del Estado y la sociedad. Conjuntamente con los mecanismos tradicionales de “democracia representativa”, esto es el sufragio activo y el sufragio pasivo, estas constituciones incorporan también, todo un conjunto de mecanismos participativos y de control democrático sobre el poder. Ello denota la voluntad del constituyente de dotar al sistema político de una nueva naturaleza distinta a la vieja y estrecha vinculación entre grandes empresarios nacionales y espacios de toma de decisiones, y colocar al Estado en una relación intrínseca con la noción de “participación”.

Respecto a los mecanismos de democracia participativa, la Constitución colombiana empezó a reconocer una gran variedad de mecanismos de este tipo<sup>21</sup> abriendo una

---

<sup>21</sup> Conjuntamente con los mecanismos anteriores, El art. 40.2 y 40.5 del texto colombiano establecen otras formas de participación democrática. Estos instrumentos (plebiscitos, referendos, consulta popular, cabildo abierto, etc.) aparecen desarrollados en el Título IV, Capítulo 1 de la Constitución (De la

tendencia en las siguientes constituciones latinoamericanas, las cuales no sólo recogen muchos de los instrumentos de participación existentes en el texto colombiano, sino que introducen muchos otros.

En Venezuela, el art. 62 establece como “la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo” y la “obligación del Estado de garantizar esta participación”. Fijando, a lo largo del texto, una gran cantidad de mecanismos de participación ciudadana que permitan hacer efectiva tal participación.<sup>22</sup>

En Ecuador una primera consagración jurídica de los fundamentos de un modelo de democracia superador del modelo basado en la mera “representación”, tuvo lugar con la Constitución de 1998. Esta Constitución reconoció ya mecanismos no sólo de la “democracia representativa”, sino también muchos de los llamados mecanismos de la “democracia participativa”<sup>23</sup>. Diez años después, el nuevo texto constitucional de 2008

participación democrática y los partidos políticos) donde se explicita la potestad tanto del Presidente de la República (art. 104), como de gobernadores y alcaldes (arts. 105), para convocar a estas formas de consulta sobre asuntos de competencia de su respectivo nivel territorial.

<sup>22</sup> Algunos de estos mecanismos son: la posibilidad de los ciudadanos de convocar referendos para la abrogación de leyes dictadas por la Asamblea Nacional o Decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente (art. 74); la obligatoria participación de la ciudadanía en la planificación del régimen socio-económico (art. 299) o en la elaboración de políticas de ordenación del territorio (art. 120); la posibilidad de que los ciudadanos puedan forzar la convocatoria de referendo consultivo referido a materias de especial trascendencia nacional, en los estados o municipal (art. 71) o tratados internacional que afecten a la soberanía o impliquen cesión de competencias a órganos supranacionales (art. 73); etc. (Sobre la participación ciudadana directa en la Constitución de Venezuela de 1999, ver: M. CRIADO. “La absorción del Estado por lo colectivo: El proyecto constitucional de sociedad civil en Venezuela”. En R. VICIANO y L. SALAMANCA. *El sistema político en la constitución bolivariana de Venezuela*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005; y, A. NOGUERA. “Reflexiones a partir del análisis del presidencialismo en la Constitución venezolana: la articulación Ejecutivo-ciudadanos en la acción de gobierno”. En F. PALACIOS y D. VELÁZQUEZ (ed.). *Estudio sobre la Constitución de la República bolivariana de Venezuela*. Procuraduría General de la República. Caracas. 2009. pp. 315-332).

<sup>23</sup> La Constitución ecuatoriana de 1998 reconocía ya la posibilidad de consulta popular en “*asuntos de trascendental importancia*” para el país que no sean la reforma constitucional, convocada por el presidente o por ciudadanos que representen el 8% del padrón, la decisión que surja de la votación es obligatoria (arts. 104 y 105). Se regula también la iniciativa de proyectos de ley por personas que representan la cuarta parte del 1% del padrón, (o a través de “movimientos sociales de carácter nacional”), y participar de los debates parlamentarios apoyando el proyecto por medio de delegados (arts. 146 y 149). Asimismo, se prevé la revocatoria del mandato de alcaldes, prefectos y diputados de su elección “*por actos de corrupción o incumplimiento injustificado del plan de trabajo*”, convocándose a la ciudadanía si el pedido lo formula el 30% de los empadronados (arts. 109 y 110). En cuanto a la superación de la tripartición de poderes, la Constitución de 1998 empezó a delimitar la reformulación de la división en tres poderes hacia los cinco poderes o funciones, aunque esta transición no queda todavía del todo clara pues si bien, se ubican todos los organismos de los 5 poderes dentro del Título de las instituciones del Estado, al Ejecutivo, Legislativo y Judicial las denomina funciones, mientras que a lo electoral o el control social no reciben todavía el nombre de “funciones” del Estado, sino de “organismos”.

supone una profundización en los mecanismos participativos del sistema político del país.<sup>24</sup>

En la misma dirección que sus antecesoras, la constitución boliviana también reconoce una gran cantidad de mecanismos de participación directa de la ciudadanía, entre muchos otros, y a parte de los ya citados, la obligatoria celebración de referendo para la ratificación de aquellos tratados internacionales que hacen referencia a determinadas materias<sup>25</sup>, así como cualquier otro cuando así lo solicite el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral o el 35% de los diputados (art. 259.I).<sup>26</sup>

Y, en cuanto a los instrumentos de control democrático sobre el poder, podemos referirnos a la sustitución de la “representación”<sup>27</sup> por el “mandato”<sup>28</sup>. La Constitución

---

<sup>24</sup> A diferencia del anterior artículo 1 de la Constitución de 1998, que señalaba que “*la soberanía radica en el pueblo, (...) que la ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución*”, el nuevo texto constitucional sustituye el concepto de “medios democráticos” por el de “formas de participación directa”. Esto, conjuntamente con el artículo 95 que afirma: “*Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano*” y la multiplicación de los mecanismos y espacios populares de toma de decisiones (Establecimiento de mecanismos de participación ciudadana en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos (art. 85); en la selección del personal de la administración de justicia (art. 170); en la creación de instancias de participación en todos los niveles de gobierno para la elaboración de planes y políticas, presupuestos participativos, etc. (art. 100); la existencia en las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados de una “silla vacía” que ocupará un representante ciudadano en función de los temas a tratarse (art. 101); la constitucionalización de la participación activa de estudiantes, familias y docentes en los procesos educativos (art. 347.11); la participación ciudadana y control social en el sistema nacional de salud (art. 359); la creación de concejos ciudadanos con un papel activo en la planificación para el desarrollo a nivel nacional, regional, provincial y local, lo que supone la generación de estructura comunitaria para la implementación de los planes de desarrollo (art. 279); la explícita referencia a promover medidas especiales destinadas a facilitar la participación política y social de grupos vulnerables (arts. 39 o 50.4)), hace de la Constitución ecuatoriana de 2008 uno de los textos constitucionales con más mecanismos de participación ciudadana directa en las decisiones sobre asuntos públicos (Sobre los mecanismos de participación y control democrático sobre el poder en la Constitución ecuatoriana de 2008, ver: A. NOGUERA. “Democracia y ejercicio de la soberanía: mecanismos de participación, Función electoral y Función de control y transparencia social en la Constitución ecuatoriana de 2008”. En R. ÁVILA, A. GRIJALVA y R. MARTÍNEZ (eds.). *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008*. Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia. Quito. Ecuador. 2008. pp. 89-107). .

<sup>25</sup> Concretamente: integración monetaria, alteración de límites territoriales, integración económica estructural y cesión de competencias constitucionales a organismos internacionales o supranacionales.

<sup>26</sup> Otros mecanismos de participación directa que prevé la constitución boliviana son: la consulta a los pueblos indígenas mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles (art. 30.II.15), la consulta obligatoria a la población afectada sobre aquellas medidas relativas a la explotación de recursos naturales ubicados en su territorio (art. 352); la convocatoria de consultas y referendos departamentales y municipales en materias de su competencia (art. 300.3 y 302.3); participación y consulta ciudadana en el proceso de planificación económica y social (art. 316.1); participación ciudadana en la gestión medioambiental (art. 343); etc.

<sup>27</sup> La representación es una figura originaria del derecho privado, mediante la cual una persona llamada *representante* asume la voluntad de otra incapaz, llamada *representado*, y actúa en nombre de ella, con gran libertad, de hecho el *representante* se subroga en la personalidad y en la voluntad del *representado*, lo sustituye plenamente. En general requieren *representante*, los menores de edad y los incapacitados

colombiana recogió como elemento novedoso, la posibilidad de los electores de revocar el mandato de los cargos públicos electos (arts. 40.4 y 103)<sup>29</sup>. Sin embargo, el texto constitucional no especifica que cargos electos pueden ser revocados. Fue la Ley 134 de 1994 (art. 69) -reformada por la actual Ley 741/2002-, la que limitó esta posibilidad sólo para los cargos de alcaldes y gobernadores. Esta posibilidad de revocación de mandato fue recogida posteriormente por la Constitución ecuatoriana de 1998, en este caso, también de una manera limitada, es decir sólo para los cargos de alcaldes, prefectos y diputados (arts. 109 a 113 Constitución de 1998). No será hasta las constituciones de Venezuela de 1999 (art. 72), de Ecuador de 2008 (art. 61.6) y de Bolivia de 2009 (art. 240.I) que el reconocimiento constitucional de la revocación de mandato alcance a todos los cargos públicos de elección popular, incluido el Presidente de la República.<sup>30</sup>

Asimismo, otro instrumento de control democrático o enfrentamiento ciudadanos-Estado para asegurar el respeto y cumplimiento de la voluntad constituyente que estas constituciones establecen es el reconocimiento de la legitimidad activa a los ciudadanos, de manera individual o colectiva, para interponer recurso de inconstitucionalidad contra los actos del poder. Así lo establecen las constituciones de Colombia (arts. 241 y 242), Venezuela (art. 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), Ecuador (art. 439 de la Constitución de 2008) y Bolivia (art. 132).<sup>31</sup>

---

(J.F. BULTÉ. “Democracia y República. Vacuidades y falsedades”. En Revista *Temas*. No. 36. Enero-marzo. La Habana. 2004. p. 98.). En esta misma lógica, la organización de un sistema político alrededor de la figura de la representación, modelo defendido originariamente por Montesquieu, concebía al pueblo como una masa de analfabetos incapaces de gobernarse sin caer en la anarquía o el caos, con lo cual la única manera de garantizar la gobernabilidad, la protección y la libertad era mediante la delegación del poder soberano en manos de los más capaces (supuestos representantes).

<sup>28</sup> La tesis opuesta al constitucionalismo anglosajón montesquiano la modeló Rousseau, gran admirador de la República romana y de sus instituciones. Para Rousseau, inspirándose en Roma, la representación era la negación de la soberanía del pueblo que no puede ser delegada. En contraposición a la figura de la representación, Rousseau defiende la figura del *mandato*.

En el mandato, figura también originaria del derecho privado, se produce un contrato consensual, por el que una persona llamada *mandante*, que dispone de total lucidez y capacidad, ordena a otra llamada *mandatario* que haga en su nombre tal o cual gestión. No obstante, el mandante no enajena su personalidad ni voluntad, sino que simplemente cede algo de autoridad para que, en su nombre, el mandatario haga determinadas diligencias y vigila constantemente el cumplimiento del mandato, reservándose el derecho de rescindir el mandato en cualquier momento (J.F. BULTÉ. Ob. Cit. p. 98).

<sup>29</sup> En Latinoamérica, sólo la constitución cubana de 1976 permitía esa posibilidad.

<sup>30</sup> El primer referendo revocatorio de un jefe de Estado en Latinoamérica tiene lugar en este país el 15 de agosto de 2004.

<sup>31</sup> El primer antecedente de la legitimación activa universal para interponer esta acción, lo encontramos ya, en el siglo XIX, 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 (Ver: J. BRAGE. *La acción de inconstitucionalidad*. UNAM. México. 2000. pp. 60-61). Posteriormente, ya en el siglo XX, constituciones como la de Brasil de 1988, permitió presentar recursos de inconstitucionalidad a los

## IV.2. La justiciabilidad de los derechos

Reconocidos y desarrollados los derechos, las constituciones proceden a establecer un conjunto de mecanismos para garantizar la justiciabilidad de los mismos. Podemos diferenciar entre tres tipos de garantías: las garantías de políticas públicas, los criterios de interpretación y aplicación de los derechos y los recursos jurisdiccionales.

### IV.2.1. Las garantías de políticas públicas

A diferencia de la mayoría de Constituciones, donde las garantías de los derechos, especialmente los sociales, se entendían ligadas a la función judicial, en las constituciones que aquí nos referimos, especialmente la última de Ecuador y Bolivia esto no es así y éstas van mucho más allá del ámbito judicial. 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. De esta manera, los derechos 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.

La Constitución de Ecuador de 2008 tiene un Capítulo II titulado “Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana”, en cuyo interior se obliga al Estado a “garantizar el presupuesto, así como su distribución equitativa y solidaria para

---

sindicatos y partidos políticos (art. 103), aunque no a las personas individuales. Asimismo, en Perú, según la constitución de 1993, pueden interponer recurso de inconstitucionalidad, cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado (art. 203.5), pero, en ningún caso, un solo ciudadano. No es hasta las últimas décadas que, las constituciones aprobadas en la región contemplan ya la legitimación activa universal para la presentación del recurso de inconstitucionalidad.

la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos enmarcados en el buen vivir” (art. 85.1).

Para poner otro ejemplo, los arts. 37 y 77 de la Constitución boliviana, establecen que la salud y la educación constituyen una “función suprema y primera responsabilidad financiera del Estado”.

Estas garantías de políticas públicas, en conexión con los arts. 93 de la Constitución de Ecuador de 2008 y 134 de la de Bolivia, que regulan la Acción de incumplimiento, por ejemplo, permiten que los ciudadanos puedan dirigirse al Tribunal Constitucional para que este obligue al Estado a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos.

Ello supone que no exista poder del Estado, ya sea el legislativo, Ejecutivo o judicial, que no sea garante de los derechos constitucionales, lo que, a la vez, hace cobrar pleno sentido al enunciado de que uno de los máximos deberes del Estado es garantizar y proteger los derechos (art. 9.4 Constitución de Bolivia y art. 3.1. de la de Ecuador).

Por tanto, estas constituciones incorporan 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.

#### IV.2.2. Los criterios de interpretación y aplicación de los derechos

En segundo lugar, otra de las garantías de los derechos que se establecen en las constituciones aquí citadas, son los que denominamos como principios de interpretación y aplicación de los derechos. Algunos de estos son:

##### *El reconocimiento pleno e igual jerarquía de todos los derechos*

Uno de los principales debates en materia de derechos ha sido, tradicionalmente, el del desigual trato de los derechos sociales en relación con los derechos civiles y políticos que muchas Constituciones establecen. Diversas tesis han intentado justificar, aunque de manera no satisfactoria, este desequilibrado trato entre derechos, generalizado en el constitucionalismo comparado<sup>32</sup>. Tesis como la que señala que este trato diferente

---

<sup>32</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

responde a que los derechos civiles y políticos y los derechos sociales tienen distinta naturaleza jurídica<sup>33</sup>, u otra tesis que, partiendo de la clasificación establecida por Fried entre derechos positivos y derechos negativos<sup>34</sup>, lo justifica señalando 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>35</sup>.

En contraposición a estas concepciones, un primer elemento a destacar de las constituciones de Venezuela, Ecuador y Boliviana es la superación del trato desigual entre grupos de derechos, la superación de la distinción entre derechos fundamentales (civiles y políticos) y derechos no-fundamentales (sociales y colectivos) 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 ni siquiera de “derechos fundamentales”, sino simplemente de “derechos” o de “derechos humanos”.

---

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

<sup>33</sup> A.H. ROBERSTON y J.G. MERRILLS. *Human Rights in the 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*. Martinus Nijhoff. Dordrecht. 1993.

<sup>34</sup> C. FRIED. *Right and Wrong*. Harvard University Press. Cambridge. 1978.

<sup>35</sup> V. KARTASHKIN. “Economic, Social and Cultural Rights”. En K. VASAK y P. ALSTON (eds.). *The International Dimensions of Human Rights*. Greenwood Press. Paris. Vol. I. 1982; E. Van de LUYTGAARDEN. *Introduction to the theory of Human Rights Law*. Universidad de Utrecht. Utrecht. 1993.

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

*La indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos*

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

Sin derechos sociales básicos, los civiles corren el riesgo de verse vaciados de contenido, el derecho a la vida o a la integridad física no pueden escindirse, sin grave menoscabo de su contenido, del derecho a un nivel adecuado de salud, por ejemplo. Y de manera similar, frente al argumento de que el derecho a la libertad de expresión o a la asociación nada significa para quien padece hambre o no tiene casa, podría afirmarse que la conquista del derecho a la alimentación o a una vivienda depende en buena medida de la disposición de libertades civiles y políticas que permitan reivindicarlo<sup>36</sup>. De acuerdo con ello, Häberle afirma: “la intensificación de las prestaciones estatales,

---

<sup>36</sup> G. PISARELLO. *Los derechos sociales y sus garantías*. Ob. Cit. pp. 40-41; 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*. Martinus Nijhoff. Dordrecht. 1995. p.17.

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>37</sup>.

Este principio de indivisibilidad de los derechos que parece tan obvio, y que, de hecho, ha sido incorporado en todos los tratados internacionales de derechos humanos de las últimas décadas (el informe final de la Conferencia Mundial de los derechos humanos celebrada en Viena en junio de 1993 declara que todos los derechos humanos son “universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados”<sup>38</sup>, no está sin embargo explícitamente recogido en la mayoría de Constituciones latinoamericanas previas a la Venezolana de 1999 y mucho menos, en la mayoría de Constituciones europeas actuales, las cuales se basan, en cambio, en la vieja interpretación atomista y fragmentada de los derechos sustentada o en la visión neo-kantiana<sup>39</sup> o en la visión liberal de la fragmentación de los derechos<sup>40</sup>. Frente a esta visión, la nueva Constitución venezolana (art. 19), ecuatoriana de 2008 (art. 11.6) y la boliviana (art. 13.I) reconocen explícitamente el principio de indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos.

#### *La cláusula abierta para el reconocimiento de nuevos derechos*

Estrechamente vinculado con el tema de la indivisibilidad e interrelación de los derechos, está el tema de la cláusula abierta reconocida en los artículos 19<sup>41</sup> de la

<sup>37</sup> HÄBERLE, P. *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Tecnos. Madrid. 2002. p. 170.

<sup>38</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.

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>39</sup> W.N. HOHFELD. *Fundamental Legal Conceptions*. Editado por W.W. COOK y con introducción de .W.W. COOK y A.L. CORBIN. Greenwood Press. Westport, Connecticut. 1978.

<sup>40</sup> J. RAWLS, J. *The Theory of Justice*. Harvard University Press. Cambridge. 1999; La diferencia entre estas dos visiones atomistas está en la fundamentación que cada una de ellas otorga a los derechos fundamentales. Para la primera, la neo-kantiana, la fundamentación de los derechos no está en la dignidad humana sino en ser el remedio a enfrentamientos entre partes, mientras que para la segunda, la liberal, sí está en la dignidad humana, aunque se basa en una concepción “amputada” o “reduccionista” de dignidad humana.

<sup>41</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”.

Constitución ecuatoriana de 1998, 22 y 27<sup>42</sup> de la Venezolana, 13.II<sup>43</sup> de la boliviana y 11.7<sup>44</sup> de la ecuatoriana de 2008. Estos artículos señalan que el reconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución no excluye los demás derechos que derivados de la dignidad humana sean necesarios para su pleno desarrollo.

El concepto de dignidad humana el cual aparece en el fundamento de los derechos fundamentales no es un concepto absoluto o supra-histórico, por tanto, los derechos fundamentales tampoco lo son. Estos deben ser comprendidos, en definitiva, como respuestas históricas a problemas de convivencia, a conflictos y luchas sociales concretas o a diferentes carencias o necesidad humanas, las cuales aparecen también como históricas, relativas, instrumentales y socialmente condicionadas<sup>45</sup>. Dicho en otras palabras, no podemos afirmar que existan derechos naturales, porque éstos son siempre adquiridos mediante diferentes procesos históricos y luchas sociales<sup>46</sup>.

Por tanto, a diferencia de la concepción iusnaturalista<sup>47</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>48</sup>, las Constituciones citadas, al reconocer que los derechos que proclaman no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados, parte de una concepción dinámica de los derechos, reconociendo la posibilidad de que nuevos derechos que aparezcan más adelante en el ordenamiento internacional u otros ordenamientos, aun y no aparecer en el catálogo de derechos de la

---

<sup>42</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>43</sup> Art. 13.2 Proyecto de Constitución de Bolivia de 2007: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.”

<sup>44</sup> Art. 11.7 Proyecto de Constitución de Ecuador de 2008: “El reconocimiento de los derechos y las garantías establecidas en esta Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluye los demás derechos que derivados de la dignidad de las personas y los pueblos, sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

<sup>45</sup> M.J. AÑON. “Fundamentos de los derechos y las necesidades básicas”. En J. BALLESTEROS (ed.). *Derechos humanos*. Tecnos. Madrid. 1992. pp. 100-115.

<sup>46</sup> M.J. FARIÑAS DULCE. *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológica-jurídica a la actitud postmoderna*. Dykinson. Madrid. 2006. pp. 5-8.

<sup>47</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 Derechos positivo. Al deducirse de un sistema jurídico natural, previo y superior al positivo, son universales, inalienables, imprescriptibles, con lo que la evolución de la sociedad no es tenida en cuenta en su configuración.

<sup>48</sup> G. PECES-BARBA, G. *Lecciones de derechos fundamentales*. Dykinson. Madrid. 2004. pp. 51-52.

Constitución, deberán gozar de los mismos niveles de protección y justiciabilidad que los allí establecidos, dando con ello especial relevancia al ámbito jurisprudencial.

#### *La aplicabilidad directa de todos los derechos*

Otra de las garantías establecidas es la aplicabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, conjuntamente con todos los otros. A diferencia de los derechos civiles y políticos reconocidos siempre como derechos directamente aplicables, los primeros han sido, tradicionalmente en el constitucionalismo clásico, considerados como derechos de libre configuración legislativa, es decir, que su realización depende de si el legislador de turno decide o no desarrollar legislativamente sus contenidos, límites y alcances, sin que puedan imponérsele mayores límites o vínculos al respecto.

La aplicabilidad directa de todos los derechos sin distinción conlleva una vinculación absoluta de las autoridades del Estado y de los particulares a todos los derechos. El objetivo del principio de aplicabilidad directa es evitar el fenómeno de la “legislación negativa”, es decir, que por falta de leyes que desarrollen estos derechos no puedan tener eficacia. En las Constituciones de Venezuela de 1999, de Ecuador de 1998 y 2008, así como en la de Bolivia de 2009, optar por igual jerarquía de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos, implica obviamente optar por la aplicabilidad directa de los primeros.

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 110 de la Constitución Boliviana de 2009 dice: “todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables”.

#### *Jerarquía constitucional y aplicabilidad directa de los tratados internacionales de derechos humanos*

Además de establecer la aplicabilidad inmediata de todos los derechos, los cinco textos reconocen explícitamente, al igual que la Constitución argentina incorporó en su reforma del año 1994, la aplicabilidad directa de los derechos, incluidos los económicos, sociales y culturales, establecidos en tratados internacionales de derechos humanos, lo que incluye, entre otros, los 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 incorporaban al orden interno de manera positiva, y en materia de tratados internacionales de derechos humanos este artículo se reforzaba con el 50, lo que otorgaba rango constitucional a los derechos recogidos en tratados internacionales de derechos humanos por considerarlos inherentes a la persona. La Constitución de 1999, por su parte, en el citado artículo 23 desarrolla y actualiza esta tendencia incluyendo lo que se conoce en la doctrina como la “cláusula del individuo más favorecido”, que implica se aplicará al ciudadano la normativa que amplíe en mayor medida sus derechos y garantías.<sup>49</sup>

Y, el artículo 257.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”.<sup>50</sup>

El reconocimiento de jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, refuerza la operatividad de los derechos por varias razones: la primera, debe

---

<sup>49</sup> 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 boliviana de Venezuela”. Vadell Hermanos, Caracas, 2004. p. 199.

<sup>50</sup> Aunque no aparecía en la Constitución boliviana anterior ningún artículo de esta naturaleza, el Tribunal Constitucional boliviano incorporó en el 2003 y el 2004, mediante su jurisprudencia (Sentencias 1662/2003-R y 1494/2004-R), los tratados internacionales de derechos humanos en el llamado “bloque de constitucionalidad (Sobre ello, ver: P. DERMIZAKY. “Derechos y garantías fundamentales”. Alexander. Cochabamba. 2006. pp. 131-132).

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>51</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>52</sup>

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

#### *Principio de prohibición de regresividad de los derechos*

Otra garantía que las citadas Constituciones fijan es el principio de prohibición de regresividad de los derechos. 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 de 2005<sup>53</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>54</sup>. El principio de prohibición de regresividad de los derechos constituye, por tanto, una limitación impuesta sobre los poderes públicos a las posibilidades de regulación “a la baja” de los derechos de los que goza la población, y una garantía para el titular del derecho.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> C.S. FAYT. “Evolución de los derechos sociales: del reconocimiento a la exigibilidad”. FEDYE. Buenos Aires. 2007. p. 89.

<sup>52</sup> M. PINTO. “Temas de derechos humanos”. Editores del puerto. Buenos Aires. 2004. p. 47.

<sup>53</sup> Cf. Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-0/05).

<sup>54</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.

<sup>55</sup> 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 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.

Para evitar episodios de regresividad de derechos, 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”.

#### IV.2.3. Recursos jurisdiccionales

Además de lo expuesto, las constituciones a que nos referimos fijan un conjunto de recursos jurisdiccionales, es decir, recursos concretos que permiten a los particulares titulares de derechos, de manera individual o colectiva<sup>56</sup>, oponerse a la arbitrariedad o la pasividad de las autoridades, o de otros particulares, y promover el reconocimiento y la efectividad de sus derechos. Estos son entre otros: el tradicional recurso de amparo; el recurso “ciudadano” de inconstitucionalidad para solicitar la nulidad normas legales promulgadas i que sean contrarias a los derechos constitucionalmente establecidos; la acción de cumplimiento para evitar situaciones de omisión que impliquen vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos como por ejemplo la tardanza en la producción de leyes de desarrollo constitucional necesarias muchas veces para tornar efectivas determinadas cláusulas “programáticas” de la Constitución, o la mora en la ejecución, es decir, supuestos donde hay decisiones tomadas pero que no se cumplen,

---

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 (C. COURTIS. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”. Cit. pp. 18-20); (ver también: V. ABRAMOVICH y C. COURTIS. “Los derechos sociales como derechos exigibles”. Trotta. Madrid. 2002. pp. 92-113).

<sup>56</sup> En su art. 10 la Constitución ecuatoriana de 2008, dice que al igual que los individuos, las “comunidades, los pueblos, las nacionalidades y los colectivos”, son también titulares de todos los derechos. Además, en el art. 11, dice que los derechos se podrán ejercer, promover y exigir, tanto de forma individual como colectiva.

La Constitución de Venezuela de 1999, en los artículos 84, 166, 182, 185 y muchos otros, hace referencia tanto a los pueblos indígenas como a lo que denomina “sociedad civil organizada” o “comunidad organizada”, refiriéndose a las organizaciones sociales de la misma, como sujetos de derechos y con capacidad de participar en la toma de decisiones políticas en los distintos niveles del Estado.

Asimismo, la constitución de Bolivia de 2009, en el mismo sentido, también señala en su art. 14.3, como titulares de los derechos a todas las personas y a todas las “colectividades”, ya sean pueblos indígenas o organizaciones sociales. Y, dentro del Título cuarto sobre las garantías de los derechos, permite que estas puedan ejercerse individual o colectivamente.

como podría ser el caso de una jubilación o un retiro ya otorgado, pero que no se paga; o las llamadas acciones colectivas, entre ellas la acción popular, que permiten superar los límites procesales e inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para proteger determinados derechos, especialmente los sociales<sup>57</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

Visto el reconocimiento, regulación y tratamiento que los recientes textos constitucionales andinos hacen de los derechos parece claro, de acuerdo con la tesis que planteaba al inicio de este trabajo, que el objetivo de establecer las bases jurídico-constitucionales necesarias para la configuración de una nueva “ciudadanía inclusiva” capaz de dejar atrás los históricos desencajes entre la institucionalidad político-económica y los tipos antropológicos existentes en la sociedad, está cumplido.

Las cartas de derechos de las nuevas constituciones andinas suponen una novedad y un avance muy importante en estos países. Aunque muchas veces se dice que una mera declaración constitucional sin políticas detrás que garanticen su cumplimiento efectivo es una fórmula vacía, creo indiscutible que, con todas sus limitaciones, el simple reconocimiento estatal de un derecho puede tener un valor simbólico o retórico significativo. Como señala Juan F. González, las declaraciones del Estado dan forma a las relaciones entre él y los individuos y, en buena medida, entre los individuos entre sí. Ellas tienen repercusiones prácticas importantes en el supuesto de que se apliquen, pero incluso cuando se incumplen no son intrascendentes, pues tienen un rol expresivo y político. Si el Estado incumple un derecho no reconocido no tiene ningún tipo de responsabilidad, en cambio, si se da un incumplimiento por parte del Estado de una obligación que ya es suya, sí la tiene. La distinción es importante conceptualmente, pero también en el plano político, por qué sirve para asignar obligaciones y responsabilidades más claramente<sup>58</sup>. Además, la disyuntiva “derechos completamente satisfechos o ausencia de derechos” es falsa, los derechos no son conceptos monolíticos que sólo admiten un cumplimiento pleno en bloque y estático (esto es, o se cumplen o se

---

<sup>57</sup> Para un mayor desarrollo de todos estos recursos, sus novedades, potencialidades y límites, ver: A. NOGUERA. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

<sup>58</sup> J.F. GONZÁLEZ. “El Estado como precondition de los derechos: beneficios y límites de una concepción relevante para América Latina”. Prólogo a HOLMES, S. y SUNSTEIN, C.R. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo XXI. Buenos Aires/México/Madrid. 2011. p. 26.

infringen, sin haber punto intermedio), sino que los derechos pueden adoptar diversos grados de cumplimiento. El reconocimiento constitucional de los derechos no asegura *per se* su total cumplimiento, pero sí que establece las bases para la existencia de una mínima eficacia de los mismos.