

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

THE SOCIAL RIGHTS IN THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

HUGO TÓRTORA ARAVENA*

RESUMEN

El autor explica brevemente lo que debe entenderse por Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano en el contexto de la evolución del Constitucionalismo a nivel global, circunscribiéndose al movimiento constitucional que se plasmó en las Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia. Luego revisa de qué manera recibe los Derechos Sociales este Constitucionalismo Latinoamericano, tanto en sus concepciones generales como en las garantías presentes en las respectivas Cartas Fundamentales.

Palabras clave: Derechos sociales. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Garantías constitucionales. Tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

The author briefly explains what is meant by New Latin American Constitutionalism in the context of the evolution of global constitutionalism, confined to the constitutional movement that was embodied in the constitutions of Venezuela, Ecuador and Bolivia. Then look at how Social Rights receives the New Latin American Constitutionalism, both in its general conceptions as in the express warranty in the respective constitutions.

Key words: Social Rights. New Latin American Constitutionalism. Constitutional guarantees. Effective judicial protection.

Fecha de recepción: 28 de junio de 2015

Fecha de aceptación: 8 de julio de 2015

* Abogado, Licenciado en Derecho por la Universidad de Valparaíso, Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Talca. Profesor de Derecho Público de la Universidad Andrés Bello y la Universidad de Valparaíso. Correos electrónicos: hugo-tortora@gmail.com y htortora@unab.cl

Este artículo se enmarca dentro de los trabajos iniciales de una investigación de mayor extensión, por lo que los comentarios y críticas serán muy bienvenidas por el

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analizará de qué manera el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano ha recogido a los derechos sociales, y demostraremos que el tratamiento dado a estos derechos obedece a cambios en la concepción de los mismos, lo cual deriva, entre otras cosas, en un trato igualitario en su relación con los demás derechos, y en un reforzamiento en sus garantías.

Para comenzar, recordaremos que en algún trabajo anterior, definimos a los Derechos Sociales como *“aquella especial categoría de derechos humanos que se caracterizan, por regla general, por exigir para su satisfacción de la prestación de ciertas actividades por parte del Estado, pero fundamentalmente por fundarse en los principios de igualdad, de humanización de las relaciones humanas y de la justicia social”*¹. Esto nos permitirá fijar el marco conceptual dentro del cual se desarrollará esta presentación².

En el contexto de la evolución del Constitucionalismo, se revisará los caracteres esenciales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, para desarrollar en esencia los dos aspectos centrales de este trabajo, cuales son: la concepción de los derechos sociales para las Constituciones que integran este movimiento y de qué manera los garantiza.

autor. Agradezco a Jaime Bassa y a Rodrigo Pavez sus comentarios que ayudaron a perfeccionar este documento, cuyos errores seguirán siendo míos.

¹ TÓRTORA, Hugo, “El derecho a la vivienda adecuada o digna”, en: AGUILAR, Gonzalo (coord.): *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*. Librotecnia, 2012, p. 349.

² En nuestra concepción, caracterizaremos a estos derechos con las siguientes aseveraciones: (1) los derechos sociales son derechos fundamentales, entendidos estos como “derechos humanos”; (2) son derechos basados en ciertos principios éticos, como son la igualdad, la humanización de las relaciones humanas y la justicia social; (3) son, por regla general, derechos de segunda generación, esto es, posteriores a los derechos civiles y políticos; (4) por regla general, mas no absoluta, son derechos prestacionales; (5) en virtud de lo anterior, también por regla general, su eficacia queda supeditada a las capacidades económicas del Estado; (6) son derechos de difícil justiciabilidad; (7) son derechos que cuentan con protección internacional; (8) son derechos que requieren de un alto rol del legislador en su configuración y protección. Por su parte, algunos de los aspectos más controvertidos de estos derechos se refieren a sin efectivamente son, o no, derechos fundamentales; si pueden ser objeto de tutela judicial; su jerarquía o importancia dentro de un pliego o listado de derechos fundamentales; y cuáles son los sujetos involucrados en estos derechos, tanto en su rol activo (titular) como pasivo (obligado).

1. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

La denominación “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” encierra, al menos dos cuestiones que no se responden por sí mismas, sino que requieren de cierto análisis. La primera, es qué se quiere decir cuando se usa el vocablo “nuevo”, ya que obliga a determinar qué tan reciente es este movimiento, y cuál será el momento que se utilizará para fijar o “clavar” como su inicio. La segunda, al hablar de “latinoamericano”, habrá que definir si se refiere a toda esta región, o solo a algunos países en particular, y de ser así, cuál será el criterio a utilizar para discriminar los que lo integren, y los que no.

En relación con la expresión “Constitucionalismo”, es entendida por parte de la doctrina como *“una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas”*³. Este concepto, sin embargo, parece ser reducido ya que se encuadra exclusivamente dentro de lo que pudiésemos llamar, un Constitucionalismo Liberal o Clásico, centrado en la restricción del poder estatal, con el objetivo de asegurar los derechos de las personas, pero no es capaz de recoger la evolución posterior del mismo.

Así, en una mirada dinámica, que incorpore las nuevas formas de Constitucionalismos (el social, el popular, el neoconstitucionalismo), nos acerca más bien a un “movimiento jurídico-político”, y no solo a una determinada “corriente de pensamiento”, toda vez que posee una fuerza política revolucionaria y no es solo una construcción intelectual. A su vez, si bien el constitucionalismo implica efectivamente la idea de limitación al poder, no siempre lo es al poder del Estado o público, sino también de, por ejemplo, sujetos privados como ocurre con el Constitucionalismo Social, o de las clases sociales más poderosas como sucede con el Constitucionalismo Popular. Para ello, cada Constitucionalismo se sirve de diversas herramientas que buscan asegurar los derechos de las personas, salvaguardándolos de los abusos de aquel poder contra el cual se enfrentan.

De esta manera, pareciera que la idea de Constitucionalismo encierra, al menos, tres variables fundamentales a definir: (1) la de-

³ FIORAVANTTI, Maurizio: *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Editorial Trotta, Madrid. (Trad. Adela Mora y Manuel Martínez), p. 17.

terminación del poder que aparece como riesgo o enemigo de la libertad que pretende resguardarse, (2) la clase de derechos que busca asegurarse frente a dicho poder, y (3) los mecanismos o herramientas adecuados para asegurar la efectividad de tales derechos.

En un muy rápido y reduccionista viaje, podemos decir, por ejemplo, que el Constitucionalismo Liberal se enfrenta al poder omnímodo del rey absoluto en su origen, y luego, al del Estado en su totalidad, y su objetivo es resguardar los derechos civiles mediante la división y el control recíproco de los poderes del Estado. El Constitucionalismo Social nace como reacción a la pobreza como enemiga difusa y a los abusos de quienes eran los dueños del capital y, con el objeto de asegurar la vigencia de los derechos sociales, exige del Estado una mayor intervención e inversión. El Neoconstitucionalismo mira como nuevo riesgo los excesos que pudieran provenir de quienes tienen el poder de dictar normas jurídicas, especialmente el legislador, y por lo mismo, refuerza el sistema de justicia constitucional con predominio de los principios que sirven de base a los derechos tanto de primera como de segunda generación. Finalmente, el Constitucionalismo Popular se enfrenta a los poderes tradicionales, enquistados en diversas esferas sociales que anulan la fuerza política del pueblo, y con el objeto de asegurar los derechos de participación, exige el efectivo ejercicio del poder constituyente en manos del pueblo y su continuidad en la puesta en marcha de la Constitución Política.

De inmediato, dentro de ese este contexto, corresponde definir de qué modo se inserta conceptualmente el así llamado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

En primer término, se debe afirmar que este movimiento identifica como “rival” al “colonialismo”⁴ proveniente de una cultura occidental avasalladora, el cual había generado niveles de desigualdad de los más altos del mundo entero⁵. Gargarella y Courtis sostienen que una de las grandes preguntas que tratan de resolver las nuevas Constituciones

⁴ Nicómedes SEJAS narra dos formas de enfrentar el proceso descolonizador en Bolivia: uno es la vía socialista, y la otra, la del movimiento indigenista o *katarista*. Sobre este último, nos dice que “*el katarismo concibe la descolonización como un proceso de conquista gradual de los derechos ciudadanos igualitarios en la perspectiva de un Estado nacional, pluralista, intercultural y un sistema político democrático*”. SEJAS, Nicómedes: *Katarismo y descolonización, la emergencia democrática del indí*, Stigma, 2014, p. 13.

⁵ MORENO, Diego: “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano en la encrucijada: cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro”. En: Juan Manuel LÓPEZ UBILLA

Latinoamericanas es “cómo solucionar la desigualdad social”⁶ enquistada en la sociedad producto de la imposición de políticas neoliberales que generaron condiciones de grave injusticia social⁷.

En esa situación, los derechos particularmente amenazados fueron de dos tipos. Primero, los de naturaleza política y de participación, derivados de la relegación política de ciertas clases; y los derechos sociales, cuya desprotección había conducido a la población a altos niveles de pobreza y desigualdad. Esta problemática que converge en la reclamación de derechos de primera y segunda generación se enmarca dentro de un conflicto mayor que tiene que ver con la necesidad de una completa descolonización, entendida esta no solo como la independencia política de un Estado respecto de otro, sino que además como el reconocimiento de los derechos de minorías culturales, preteridas en los planos político, jurídico y económico. Estas minorías corresponderán a los indígenas de distintas etnias, que comienzan a identificarse como naciones, diferentes entre sí y en relación con la cultura occidental hegemónica⁸.

Finalmente, en relación con las herramientas que utiliza el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano para lograr inclusión, participación e igualdad en el ejercicio de los derechos, las podemos agrupar en tres grandes categorías: (1) aquellas que operan en el proceso constituyente (previas a la Constitución), (2) aquellas de carácter normativo que se encuentran establecidas en el texto constitucional

(Director): *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 168.

⁶ GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian: “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”. En: *Serie Políticas Sociales*, CEPAL, Nº 153, 2009, p. 11.

⁷ En el mismo sentido, VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ, Rubén: “Fundamento teórico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. En: Roberto VICIANO PASTOR (Editor): *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 21.

⁸ “Para resolver esta condición de desigualdad como ‘pecado original’ de la nación boliviana, el Estado Plurinacional propone un modelo de nación que no pasa por la homogeneidad en términos culturales, sino que busca consolidar la dimensión política de la nación (pertenencia a la comunidad política nacional), reconociendo las particularidades de las distintas colectividades culturales existentes en el país”. En: MORENO, Daniel; VARGAS, Gonzalo; OSORIO, Daniela: *Nación, diversidad e identidad en el marco del Estado Plurinacional*, Programa de Investigación Estratégica de Bolivia, Cochabamba, 2014, p. 25.

y, por último, (3) las que buscar hacer operativa la Carta Fundamental, por tanto, que operan durante la vigencia de la Constitución. En relación con las herramientas que operaron durante el proceso constituyente, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano se caracteriza por la implementación de procesos participativos, a través de Asambleas que activaron el poder constituyente del pueblo mismo, manifestado en toda su diversidad. Esto ha llevado a que autores como Viciano y Martínez hayan catalogado a estos ejercicios constituyentes como *un constitucionalismo sin padres*⁹, en el sentido que no se trata de una discusión de elites sino de representantes de una comunidad diversa y multicultural, cuyo mensaje requería ser incorporado en las nuevas constituciones. Respecto de las otras dos herramientas, si bien serán desarrolladas con mayor detalle más adelante, diremos *a priori*, que se refiere al reconocimiento de un nutrido listado de derechos de diversa índole, tanto libertades individuales como derechos sociales, y un complejo sistema de garantías que busca hacer efectivos tales derechos.

Ahora bien, respecto de las dos cuestiones iniciales que habíamos dejado pendientes, como son el elemento temporal y el geográfico, presentes en las expresiones “nuevo” y “latinoamericano”, destacamos la visión de Pedro Salazar, quien circunscribe este movimiento a “*los procesos constituyentes y el resultado de los mismos de algunos países de América Latina en los últimos años del siglo XX y la primera década del XXI*”, pero más específicamente lo acota “*a determinadas Constituciones que comparten un conjunto de rasgos marcados y que tienen una orientación o pretensión particular que algunos autores han calificado como transformadora*”, lo cual se identificaría con las constituciones de Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009¹⁰.

Sin embargo, tal como lo explica Michele Carducci, la idea de “nuevo” no solo se vincula con la percepción de algo reciente, sino que incluye una novedosa comprensión de la noción de Constitución. Esta concepción reacciona frente al constitucionalismo tradicional de

⁹ VICIANO, Roberto, y MARTÍNEZ, Rubén: “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”. En: *Revista Ius*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nº 25, 2010, p. 13.

¹⁰ SALAZAR, Pedro: “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (una perspectiva crítica)”. En: GONZÁLEZ, Luis y VALADÉS, Diego: *El Constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Autónoma de México), México D.F., 2013, pp. 348-353.

esta zona del planeta que llamaba al ocultamiento del otro. Para ello, articula mecanismos de integración, conjugando elementos técnicamente complejos con un lenguaje accesible, con amplia participación del pueblo tanto en el ejercicio del poder constituyente, como en la dinámica de interpretación y concreción de la Constitución “no solo por la vía judicial”. De este modo, se genera un documento que deja de ser obra unilateral de los ciudadanos, sino que se transforma en una negociación intercultural entre las diversas identidades y tradiciones jurídicas afectadas¹¹.

En ese contexto, los procesos y Constituciones que se ajustan a las características precedentemente mencionadas son, efectivamente las ya mencionadas Constituciones de Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009¹². Con dichas constituciones trabajaremos en las páginas siguientes.

2. La concepción de los derechos sociales en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, en el contexto de un renovado Estado Social de Derecho

Las tres Constituciones en análisis (Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009) declaran explícitamente la existencia de un Estado Social¹³.

¹¹ CARDUCCI, Michele: “Epistemología del Sud e costituzionalismo dell’alterità”. En: *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2012, p. 319.

¹² En este sentido: SALAZAR, “El Nuevo Constitucionalismo...”, pág. 350. VICIANO y MARTÍNEZ, “Fundamento teórico...”, pp. 34 y 35. PÉREZ, Alberto: “Características esenciales del nuevo constitucionalismo en América Latina”, en: STORINI, Claudia y ALENZA GARCÍA, José Francisco (Dir.): *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, p. 28; FIALLO, Liliam y ZALDÍVAR, Abraham: “Un nuevo constitucionalismo para el proyecto de emancipación latinoamericana”, en: Roberto VICIANO PASTOR (Editor): *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 197; entre otros.

¹³ Art. 2º Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en adelante “Constitución de Venezuela”): “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

La idea de Estado Social de Derecho supone, en la visión de Pérez Luño¹⁴ que “*los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana ha calificado de ‘procura existencial’*”¹⁵.

El reconocimiento de los derechos sociales en las Constituciones en análisis se enmarca, por tanto, en la lógica de aquel Estado Social declarado. Esta tendencia no es completamente novedosa en Latinoamérica, ya que es posible encontrar evidencias de este modelo político, al menos, en las Constituciones de México (1917), Brasil (1988) y Colombia (1991). Sin embargo, hacia fines de la década de los 90 comienzan a operar dos factores que hacen necesario reforzar dicho Estado Social, como fueron los altos índices de pobreza y desigualdad social, y una reacción a las políticas neoliberales implementadas en la región¹⁶.

Art. 1° inciso primero Constitución de la República del Ecuador (en adelante “Constitución de Ecuador”): “*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada*”.

Art. 1° Constitución Política del Estado de Bolivia (en adelante “Constitución de Bolivia”): “*Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país*”.

¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio: *Los derechos fundamentales*. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, 8ª Edición, 2004, p. 193.

¹⁵ Remedio SÁNCHEZ, por su parte, destaca diez notas características del Estado Social, a saber: (1) converge dos realidades, ante entonces separadas: el Estado y la Sociedad; (2) nace y se desarrolla en íntima convivencia con el progreso técnico; (3) no pretende negar los valores y fines del Estado Liberal sino que trata de hacerlos más efectivos; (4) busca que el Estado se responsabilice de generar los “mínimos vitales” para que las personas puedan ejercer su libertad; (5) la procura existencial necesaria para la vida digna debe extenderse no solo a las clases necesitadas sino que a la generalidad de las personas; (6) reconocimiento de los derechos sociales, aun cuando, no están necesariamente al mismo nivel de exigencia que el resto de los derechos; (7) está orientado a resolver las distorsiones generadas por el Estado Liberal, por ejemplo, a través de la redistribución de las rentas; (8) genera mayores exigencias de representatividad de los ciudadanos; (9) convive con la máxima expansión del constitucionalismo, logrando un nivel de normatividad constitucional desconocido hasta ahora; y (10) el Estado no solo reconocerá su legitimidad en aspectos democráticos sino que también en la eficacia derivada de la buena administración. SÁNCHEZ, Remedio: *El Estado Constitucional*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Págs. 123-131.

¹⁶ MORENO, “El Nuevo Constitucionalismo...”, pp. 168-169.

Evidentemente, los derechos sociales en el contexto del Estado Social se transforman en un elemento vital, su principal atención, lo cual se manifiesta no solo en el reconocimiento expreso de los mismos, sino que también en un explícito rol intervencionista del Estado en la economía, para lograr la efectividad de algunos de sus objetivos como son la justicia social, la justa distribución de la riqueza y el desarrollo integral de las personas¹⁷. Así, tanto el art. 112 de la Constitución venezolana¹⁸, como el art. 283 de la ecuatoriana¹⁹, y el art. 311.II.1 de la boliviana²⁰ aluden a la planificación de la economía como rol de los respectivos Estados. Esta planificación opera tanto en la intervención monetaria y financiera²¹, como en limitaciones a libertades económicas individuales establecidas en los textos constitucionales²².

¹⁷ NOGUERA, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. Págs. 169-170.

¹⁸ “*Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país*”.

¹⁹ “*El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios*”.

²⁰ “*La economía plural comprende los siguientes aspectos: 1. El Estado ejercerá la dirección integral del desarrollo económico y sus procesos de planificación*”.

²¹ Al respecto, ver: MAESTRO, Gonzalo: “El nuevo constitucionalismo económico latinoamericano”. En: STORINI, Claudia y ALENZA GARCÍA, José Francisco (Dir.): *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, pp. 85-107.

²² Por ejemplo, parte de la doctrina boliviana ve con preocupación la alta indeterminación de la idea de función social como limitación al derecho de propiedad, así como el privilegio de la forma indígena originaria campesina por encima de las otras formas de organización económica. Ver: FERRUFINO, Rubén: “Análisis crítico de los preceptos económicos establecidos en la Nueva Constitución Política del Estado”. En: KÄSS, Susanne y VELÁSQUEZ, Iván (Edit.): *Reflexión crítica a la nueva Constitu-*

No obstante todo lo dicho, la versión del Estado Social de Derecho en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano supera los márgenes habituales de las tradiciones jurídico-políticas contempladas por ejemplo en las mencionadas Constituciones mexicana, brasileña y colombiana, como también las de otras latitudes como las de Weimar (1919), Francia (1958), España (1978), o Sudáfrica (1996). Preliminarmente son tres las características que marcan esta distancia, como son: (a) la igualación de los derechos sociales a los derechos civiles; (b) una nueva concepción de igualdad; y (c) la incorporación de la idea de Estado de Derecho(s) y Justicia.

2.1. Igualación entre derechos sociales y civiles

Los derechos sociales tendrán en las tres constituciones estudiadas el mismo nivel o jerarquía que los demás derechos constitucionales, adquiriendo todos el carácter de “derechos fundamentales”. Esto queda demostrado en que gozarán de las mismas garantías jurisdiccionales, y en que, aunque de distinto modo, todos ellos obligarán tanto a sujetos estatales como privados²³.

A manera de ejemplo, parece interesante el intento de la Asamblea Constituyente boliviana de generar, dentro de los derechos protegidos en el proyecto de Constitución, una suerte de derechos “*fundamentalísimos*”, como habrían sido los derechos a la alimentación, al agua, a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda y a los servicios básicos, lo cual sin embargo fue finalmente eliminado del texto de-

ción Política del Estado, Fundación Konrad Adenauer, oficina Bolivia, La Paz. Págs. 517-555.

²³ Algunos autores sostienen que lo que habría detrás de las constituciones que integran el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano sería la erradicación de la distinción entre derechos fundamentales (civiles y políticos) y no fundamentales (sociales). No estamos completamente de acuerdo con ello, toda vez que la idea de *fundamentalidad* no se vincula con una aparente distinción entre dos categorías de derechos constitucionales o de derechos humanos, sino más bien con una diferenciación entre los derechos que gozan de una especial importancia dentro del sistema político determinado y que operan como límite de la soberanía estatal por ser consecuencia de la dignidad humana, *versus* los otros derechos que integran el patrimonio de una persona pero que no cuentan con este particular estatus. Así por ejemplo, el derecho a formar una familia podría ser considerado un derecho fundamental, pero el derecho que nace de las obligaciones recíprocas de fidelidad entre cónyuges no. Ver: NOGUERA, *Los derechos sociales...*, pág 174.

finitivo, fruto de negociaciones entre el partido oficialista de Evo Morales (Movimiento al Socialismo, MAS) y las fuerzas de oposición. De haber prosperado esta iniciativa, no solo se habría concretado la mencionada equiparidad entre derechos sino que, incluso, se habría producido una especie de superación de ciertos derechos sociales por sobre los derechos civiles²⁴.

2.2. Nueva concepción de igualdad

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia trabajan con una concepción de igualdad que supera la idea de Estado de Bienestar, entendido aquel como una estructura vinculada con el Estado Social encargada de proveer de las diversas prestaciones necesarias para la vida digna, a través de servicios estatales organizados que permitan cubrir la mayor cantidad de contingencias posibles. En el Estado de Bienestar, aun cuando con una orientación diversa a la del liberalismo clásico, subyace la idea de un bien común que se extiende a todas las personas que habitan un territorio determinado, sin distinguir sexo, edad, etnia o condición social.

Dicha igualdad de todos los seres humanos tiene dos límites claros. Primero, se trata de una igualdad que opera solo entre individuos del género humano y no con otras especies (limitación espacial o natural), y solo entre los hombres y mujeres que existen en la actualidad, sin incluir a los pasados o a los futuros (limitación temporal).

Las Constituciones objeto de este estudio, particularmente la ecuatoriana y la boliviana aparecen inspiradas en la idea de “buen vivir” o “vivir bien”. En el caso ecuatoriano, el buen vivir, *sumak kawsay* en quechua, figura reconocido en diferentes disposiciones constitucionales, desde el preámbulo²⁵, como deber del Estado (art. 3) y de las personas (art. 83), como fuente de derechos (Capítulo II: *Derechos del buen vivir*), como fundamento y límite para la utilización de los medios naturales (art. 74 inciso primero), como objetivo de las políticas públicas (art. 85), y como orientación para el régimen de desarrollo (art. 75), entre otras funciones. Por su parte, la Constitución de Bolivia, alude al buen vivir como razón para la existencia del

²⁴ NOGUERA, *Los derechos sociales...*, pp. 180 – 181.

²⁵ Preámbulo: “Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay* (...)”

nuevo Estado²⁶, como uno de los principios en los cuales se sustenta el Estado boliviano (art.8.I), y como orientador de su modelo económico (art. 306.I).

El “buen vivir” es una concepción propia de la cosmovisión indígena, capaz de integrar diversos elementos: el ser humano y la naturaleza; el presente, el pasado y el futuro; los ancestros y las futuras generaciones. Como lo plantea Fernando Huanacuni, “el buen vivir está ligado a la espiritualidad y esto emerge de un equilibrio entre el pensar y el sentir”²⁷. Agrega que el vivir bien se relaciona con “saber convivir, así que al poder visibilizar, expresar o proyectar el *suma qamaña* o vivir bien, se tienen que restablecer las armonías con uno mismo, con la pareja, con la familia, con la comunidad, con la madre tierra y con el padre cosmos y estas armonías se expresan a través del cuidado y el respeto, y cuidamos no porque es ajeno o porque una norma lo dice, sino porque somos nosotros mismos; el deterioro de ese algo aparentemente externo, es el deterioro de nosotros, más aun del conjunto, y ese conjunto es la comunidad no solo de seres humanos sino la comunidad de vida”²⁸.

Tal como se advierte, el buen vivir es un concepto sumamente complejo, difícil de comprender desde el prisma occidental, inmediatista y concreto, donde el aquí y el hoy es lo que prima, donde la cultura de lo descartable y de los problemas concretos de la gente se toman la agenda legislativa y política. La concepción que se recoge detrás de la idea de buen vivir viene a ser una inserción del ser humano en la relación espacio-tiempo de un modo armónico y con plenitud, que altera de manera radical las concepciones de igualdad existentes hasta el momento.

Desde un punto de vista natural o espacial, el ser humano se sitúa en plano de equivalencia valórica con el resto de la naturaleza, la cual incluso es considerada titular de derechos por la Constitución del

²⁶ Preámbulo: “*Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos*”.

²⁷ HUANACUNI, Fernando: *Vivir bien / Buen vivir*. Instituto Internacional de Integración, La Paz, 2010, p. 3.

²⁸ HUANACUNI, *Vivir bien...*, pp. 4 y 5.

Ecuador²⁹. A su vez, desde un punto de vista temporal, el buen vivir implica un especial respeto por los ancestros y las futuras generaciones, respecto de las cuales no existe superioridad alguna. Se les integra por lo tanto como sujetos de derecho a cabalidad, cuyos intereses deben ser resguardados desde ya por las actuales generaciones. Hablamos por lo tanto de una especie de igualdad intergeneracional, propia de una apreciación de la historia por parte de los pueblos originarios graficada de modo circular y no lineal, y donde finalmente todas las generaciones confluyen en una misma realidad, inescindible.

En otra dimensión de esta igualdad suprema, detrás de esta noción está la de un *multiverso*, esto es, la existencia de muchas verdades y no una sola, como ocurriría en un único universo³⁰. No hay uno sino muchos cosmos, realidades y pensamientos válidos, por lo que el plano de equivalencia se multiplica más allá de la tolerancia y se manifiesta en la convicción de que existen diferentes paradigmas que conviven y no que se superan, que dialogan y no que luchan entre sí. En definitiva, tratamos de advertir que las declaraciones normativas actuales vienen a descubrir conceptos de remota data, produciéndose a nivel constitucional un *nacimiento de viejas concepciones*, en una paradoja jurídica capaz de alterar muchas certezas asumidas por nuestro mundo occidental.

Así, la igualdad basada en el buen vivir y que se plasma en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es novedosa al menos en tres sentidos, ya que no solo opera entre las personas y los grupos de personas, sino que además entre las culturas que componen el Estado (igualdad *intercultural*), con pleno respeto a las generaciones pasadas y las futuras (igualdad *intergeneracional*), y también entre los diversos componentes de la naturaleza (igualdad *holística*)³¹.

²⁹ Art. 71 Constitución de Ecuador: “*La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*”.

³⁰ Art. 100. I. Constitución de Bolivia: “*Es patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos las cosmovisiones, los mitos, la historia oral, las danzas, las prácticas, culturales, los conocimientos y las tecnologías tradicionales. Este patrimonio forma parte de la expresión e identidad del Estado*”.

³¹ Sobre este punto, bien se puede reflexionar si podemos relacionar el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano con la inquietud de Peter HÄBERLE, quien, luego de identificar al “Estado social de derecho” como una “prórroga congenial” del Estado de derecho, indica si cabe preguntarse si no requiere este de una nueva prórroga, to-

2.3. La incorporación del Estado Social de Derecho(s) y Justicia

En este caso, son Venezuela y Ecuador quienes recogen este concepto, aunque no lo hacen de la misma forma. En efecto, mientras la primera “*se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia*” (art. 2º), el segundo se reconoce como “*un Estado de derechos y justicia*”³².

La introducción de la idea de Justicia en el Estado de Derecho³³ incorpora criterios no solo de vigencia de las normas jurídicas sino que de validez axiológica, ya que las normas solo serán válidas si son justas³⁴, y lo serán cuando se enmarquen dentro del orden social propuesto por la Constitución, que busca reemplazar el sistema político y social que crea y reproduce élites y diferenciación entre mejores y

mando en cuenta que el Estado constitucional es responsable también por las futuras generaciones y, en tal medida, se encuentra obligado, por ejemplo, a la protección del ambiente, en lo que él denomina “*Estado constitucional o de derecho ecológico*”. HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional de Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007. Págs. 356-357.

³² La diferencia entre uno y otro (“Derecho” y “derechos”) es algo más intensa que una letra. En rigor, la lógica del Estado de Derecho se concentraría en el sometimiento al Derecho, esto es, al ordenamiento jurídico, ya sea que nos encontremos con un legislador libre (Estado Legal) o limitado por una norma superior (Estado Constitucional), pero en ambos casos, el límite sería autoimpuesto por el propio Estado; mientras que el Estado de Derechos, habría un elemento externo y anterior a la organización política el que operaría como un límite al Estado, al Derecho dictado por este, y en general, a todo poder, incluido aquel emanado de particulares o poder privado. ÁVILA, Ramiro: “Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia”. En: ÁVILA, Ramiro (edit.): *La Constitución del 2008 en el contexto Andino*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008. Págs. 28-37.

³³ En un esfuerzo por conceptualizar al Estado de Derecho y Justicia, la Corte Constitucional del Ecuador ha dicho que “*para la proyección de un Estado de Justicia (...), es deber de la justicia constitucional materializar esas asignaciones de cargas y ventajas sociales para que se distribuyan equitativamente entre ellas. Esto sugiere la combinación de estos valores bajo la idea de justicia, que consiste en una distribución de libertad e igualdad, libertad igualitaria; así como, la condición de exigible de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, que no son considerados como programas políticos, sino como derechos judicialmente exigibles, en virtud de la denominada igualdad material de los derechos en la Constitución y la Ley*”. Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 0001-09-SCN-CC. Quito D. M., 14 de Mayo del 2009. Registro Oficial Suplemento 602 de 1 de Junio del 2009.

peores situados, por un modelo igualitarista, basado en la solidaridad, protector de los menos favorecidos a través de un Estado fuerte³⁵.

En definitiva, el cambio que se produce con la idea de Estado de Derecho(s) y Justicia proviene de una suerte de relativización de la fuerza normativa del derecho positivo, y de la superación del mismo cuando operen criterios de justicia basados en principios constitucionales afines al modelo de Estado diseñado en cada Constitución. Ello, en los hechos, puede dar lugar a insospechadas preferencias hacia los derechos sociales por sobre todos los demás derechos, especialmente los civiles.

El riesgo, sin embargo, es evidente. El gran mérito del surgimiento del Estado Liberal de Derecho fue haber vencido la arbitrariedad proveniente de la aplicación de criterios poco claros y, muchas veces, caprichosos de la autoridad de turno por un ordenamiento objetivo, común a todos, generando seguridad jurídica frente al gobernante. Con el advenimiento del principio de justicia, naturalmente querido por todos pero de un contenido ambiguo y opinable, se expone nuevamente a los ciudadanos a decisiones políticas virtualmente imposibles de ser controladas mediante criterios socialmente reconocibles.

3. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

La concepción antes reseñada de los derechos sociales en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericana se manifiesta positivamente en sus Constituciones, por diferentes vías, las cuales agruparé en tres categorías: (1) la constitucionalización de derechos sociales; (2) las garantías judiciales de los derechos sociales; y (3) otras garantías de los derechos sociales.

3.1. Constitucionalización de los derechos sociales

Las tres constituciones en análisis contemplan importantes listados de derechos sociales protegidos. La Constitución venezolana destina el Capítulo V a los Derechos Sociales y de las Familias, el Capítulo VI

³⁵ ÁVILA, Ramiro: "Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia". En: ANDRADE,

a los Derechos Culturales y Educativos, y el Capítulo VIII a los Derechos de los Pueblos Indígenas. La Constitución ecuatoriana, por su parte hace referencia a los Derechos del Buen Vivir en el Capítulo Segundo, a los Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, y a los Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades en el Capítulo Cuarto. Finalmente, la Carta de Bolivia destina el Título II a los Derechos Fundamentales y Garantías, dentro de las cuales algunos derechos sociales figuran en su Capítulo Segundo “Derechos Fundamentales”, pero el grueso de los mismos figuran en el Capítulo Quinto “Derechos Sociales y Económicos” y en el Capítulo Sexto “Educación, interculturalidad y Derechos Sociales”.

Respecto de la consagración constitucional de estos derechos, debemos destacar lo siguiente:

- a. Se establecen ciertos derechos sociales “clásicos”, como los de salud³⁶, educación³⁷, y seguridad social³⁸, pero también se incorporan otros derechos sociales “nuevos”, no siempre garantizados en otras constituciones, como el derecho a la alimentación³⁹, al agua⁴⁰, a la vivienda⁴¹, o los de naturaleza ambiental⁴².

Santiago; GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (edit.): *La nueva Constitución del Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, p. 414.

³⁶ Art. 83 Constitución de Venezuela. Art. 32 Constitución de Ecuador. Art. 37 Constitución de Bolivia.

³⁷ Art. 102 Constitución de Venezuela. Art. 27 Constitución de Ecuador. Arts. 17 y 77 Constitución de Bolivia.

³⁸ Art. 86 Constitución de Venezuela. Art. 34 Constitución de Ecuador. Art. 45 Constitución de Bolivia.

³⁹ Art. 13 Constitución de Ecuador. Art. 16 Constitución de Bolivia. En el caso venezolano, no se establece como derecho, sino que se establece como principio el de la seguridad alimentaria (art. 305).

⁴⁰ Art. 13 Constitución de Ecuador. Art. 16 Constitución de Bolivia. Respecto de la Constitución de Venezuela, no se establece el derecho al agua, pero se establece como obligación fundamental del Estado garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación donde, entre otros elementos, el agua sea especialmente protegida de conformidad con la ley (art. 127)

⁴¹ Art. 82 Constitución de Venezuela. Art. 30 Constitución de Ecuador (el art. 31 reconoce además el derecho a la ciudad). Art. 19 Constitución de Bolivia.

⁴² Arts. 127 a 129 Constitución de Venezuela. Arts. 71 a 74 Constitución de Ecuador. Arts. 33 y 34 Constitución de Bolivia.

- b. Se hace expresa mención a derechos de personas que pertenecen a grupos vulnerables, como los ancianos⁴³, las mujeres⁴⁴, los niños y jóvenes⁴⁵, los migrantes⁴⁶ y los discapacitados⁴⁷.
- c. En materia laboral, se asegura el derecho al trabajo⁴⁸ y también algunas garantías asociadas a él, como la prohibición del trabajo forzoso⁴⁹, el derecho a sindicalizarse⁵⁰, el derecho a la negociación colectiva⁵¹, el derecho a huelga⁵² y a un salario justo⁵³, entre otras.

⁴³ Art. 80 Constitución de Venezuela. Arts. 36 a 38 Constitución de Ecuador. Arts. 67 a 69 Constitución de Bolivia.

⁴⁴ Sobre este punto, la Constitución de Venezuela guarda el silencio tradicional propio del Constitucionalismo del siglo XX, sin menciones de relevancia, salvo las relativas a la igualdad ante la ley y a la prohibición de discriminar por motivos de sexo (art. 21). La Constitución del Ecuador incluye a las mujeres entre las personas “*en situación de desventaja o vulnerabilidad*” en lo relativo a la proscripción de la violencia pública o privada, en el marco de la protección de la integridad personal (art. 66) y avanza, además, en el la representación paritaria en los cargos públicos y en los partidos y movimientos políticos (art. 65), y en la formulación de políticas que busquen la igualdad entre hombres y mujeres (art. 70). La Constitución de Bolivia alude reiteradamente a la igualdad política entre hombres y mujeres (arts.11, 26, 147 y 210) y al igual que a Ecuador, le repugna particularmente la violencia (art. 15.II) y la discriminación laboral (art. 48) hacia personas del género femenino, garantizando además, el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, tanto a hombres como a mujeres (art. 66), entre otras garantías importantes.

⁴⁵ Arts. 75, 78 y 79 Constitución de Venezuela. Arts. 39, y 44 a 46 Constitución de Ecuador. Arts. 58 a 60 Constitución de Bolivia.

⁴⁶ Art. 40 Constitución de Ecuador.

⁴⁷ Art. 81 Constitución de Venezuela. Arts. 35, y 47 a 49 Constitución de Ecuador. Arts. 70 a 72 Constitución de Bolivia.

⁴⁸ Art. 87 Constitución de Venezuela. Art. 33 Constitución de Ecuador. Art. 46 Constitución de Bolivia. Las dos primeras disposiciones establecen además, el deber de trabajar. Dicho deber en el caso boliviano se dispone en el art. 108 N° 5.

⁴⁹ Derecho no protegido en la Constitución venezolana. Art. 66 N° 17 Constitución de Ecuador. Arts. 46.III Constitución de Bolivia.

⁵⁰ Art. 95 Constitución de Venezuela. Art. 326 N° 7 Constitución de Ecuador. Art. 51 Constitución de Bolivia.

⁵¹ Art. 96 Constitución de Venezuela. Art. 326 N° 10 Constitución de Ecuador, bajo la fórmula “*diálogo social*”. Art. 49.I. Constitución de Bolivia.

⁵² Art. 97 Constitución de Venezuela. Art. 326 N° 14 Constitución de Ecuador. Art. 53 Constitución de Bolivia.

⁵³ Art. 91 Constitución de Venezuela. Art. 328 Constitución de Ecuador. Art. 46.I. Constitución de Bolivia.

- d. Se establece explícitamente un alto rol del Estado en la garantía y efectividad de estos derechos⁵⁴, y en algunos casos con evidente alejamiento a criterios privatistas⁵⁵.
- e. Hay un fuerte fomento al desarrollo y respeto por la multiculturalidad, desde declaraciones genéricas⁵⁶ a referencias específicas en el campo de los derechos sociales⁵⁷, con expresa mención a los derechos culturales de los pueblos indígenas⁵⁸.

Existe un reconocimiento y preocupación por las nuevas tecnologías, entendiéndolas tanto como riesgo o amenaza, como también oportunidades a las cuales todas las personas debieran acceder⁵⁹.

⁵⁴ La Constitución de Venezuela establece, por ejemplo, que la salud es “obligación del Estado” (art. 83); que el Estado “tiene la obligación de asegurar la efectividad” del derecho a la seguridad social (art. 86); que el trabajo “gozará de la protección del Estado” (art. 89); que el Estado asumirá la educación “como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades” (art. 102). La Constitución de Ecuador, por su parte, dispone que la educación es “un deber ineludible e inexcusable del Estado” (art. 26), que “la salud es un derecho que garantiza el Estado” (art. 32), que “el Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social” (art. 34); que “el Estado garantizará el derecho al trabajo” (art. 325). Finalmente, en la Constitución, también a manera ejemplar, dispone que “el Estado tiene la obligación indeclinable de garantizar y sostener el derecho a la salud, que se constituye en una función suprema y primera responsabilidad financiera” (art. 37); que “la educación constituye una función suprema y primera responsabilidad financiera del Estado, que tiene la obligación indeclinable de sostenerla, garantizarla y gestionarla” (art. 77.I); que la “dirección y administración [de la seguridad social] corresponde al Estado, con control y participación social” (art. 45.II); que “el Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas” (art. 46.II), y que será una función del Estado en la economía la de “promover políticas de distribución equitativa de la riqueza y de los recursos económicos del país, con el objeto de evitar la desigualdad, la exclusión social y económica, y erradicar la pobreza en sus múltiples dimensiones” (art. 316 N° 7).

⁵⁵ Por ejemplo, el art. 28 de la Constitución ecuatoriana señala expresamente que “la educación responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos” (art. 28).

⁵⁶ Arts. 99 y 100 Constitución de Venezuela. Arts. 1°, 21, 66 N° 2, 66 N° 28 y 95 Constitución de Ecuador. Arts 1, 2, 3, 9 N° 2, 10, 21 N° 1, y 108 N° 14 de la Constitución de Bolivia.

⁵⁷ Arts. 13, 27, 28, 29, 31, 32, 45 Constitución de Ecuador. Arts. 17, 18, 42, 45, 58, 78, 79, 80, 91, 93, 95, 96, Constitución de Bolivia. Esta característica no se aprecia en la Constitución venezolana.

⁵⁸ Arts. 119 a 126 Constitución de Venezuela. Arts. 56 a 60 Constitución de Ecuador. Arts. 30 a 32, 98 a 102, 190 a 192, 265, 266, Constitución de Bolivia.

⁵⁹ Arts. 98, 110 Constitución de Venezuela. Arts 15, 284, 322, 334 Constitución de Ecuador. Art. 41, 43, 44 y 103 Constitución de Bolivia.

Se disponen ciertos espacios de libertad en la configuración de los derechos sociales, de modo de congeniar y optimizar el ejercicio tanto de derechos sociales como civiles⁶⁰.

3.2. Garantías judiciales de los derechos sociales

Una característica fundamental del trato que de los derechos sociales hace el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es su plena justiciabilidad, la cual no es solo coherente con la propia filosofía incorporada en sus constituciones⁶¹, sino que también con las obligaciones internacionales suscritas por estos países⁶². Desde ya, esta característica permite trazar una línea divisoria con las Constituciones del Constitucionalismo Social⁶³.

⁶⁰ Por ejemplo, la Constitución de Venezuela prevé el derecho de todas las personas de “participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud” (art. 84), también a “la creación cultural” (art. 98), y a “fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de este”, y siempre que demuestren “su capacidad, cuando cumplan de manera permanente con los requisitos (...) que la ley establezca” (art. 106). La Constitución de Ecuador, a su turno, garantiza “la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra en la educación superior” y la libertad a madres y padres de “escoger para sus hijas e hijos una educación acorde con sus principios y opciones pedagógicas” (art. 29), así como “el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás” (art. 66 N° 5), “el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener” (art. 66 N° 10), y “el derecho a la objeción de conciencia” (art. 66 N° 12). Por último, la Constitución de Bolivia reconoce la existencia de servicios privados de salud, los cuales controlará “y regulará mediante la ley” (art. 36.II), establece que “el sistema educativo está compuesto por las instituciones fiscales, instituciones educativas privadas y de convenio” (art. 77.III) respetando el funcionamiento de estas dos últimas (arts. 87 y 88), garantiza la libertad para “la enseñanza de religión, así como la espiritualidad de las naciones y pueblos indígenas” (art. 86), y regula el régimen de las universidades privadas (art. 94).

⁶¹ NOGUERA, *Los derechos sociales...*, pp. 200-223.

⁶² Tanto Venezuela, como Ecuador y Bolivia han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual establece en su art. 25.1 lo que se conoce como derecho a la tutela efectiva: “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁶³ NOGUERA, *Los derechos sociales...*, p. 211.

Las garantías judiciales operan en dos planos: en el ámbito del control de constitucionalidad y en el establecimiento de acciones protectoras de derechos.

En materia de control de constitucionalidad, los sistemas son diferentes en los tres ordenamientos, pero en todos ellos se reconoce titularidad activa a las personas para poder poner en marcha los respectivos procesos⁶⁴.

La Acción de Amparo (o de Protección en el caso de Ecuador) en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, tal como lo dice Albert Noguera, logra superar los dos grandes límites que tiene esta herramienta en otros ordenamientos, como es el de los derechos tutelados y el de los sujetos contra de quien puede dirigirse⁶⁵. En efecto, el Amparo establecido en el art. 27 de la Constitución de Venezuela, la Protección del art. 88 de la Constitución de Ecuador, y el Amparo Constitucional del art. 128 de la Constitución de Bolivia son aptos para defender a las personas ante la vulneración de cualquiera de los derechos establecidos en las respectivas cartas fundamentales⁶⁶, sin distinguir la naturaleza de los mismos. A su vez, las mismas disposiciones citadas permiten entablar las respectivas acciones en contra de sujetos particulares, por lo que la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos también se hace aplicable a esta clase de derechos⁶⁷.

Otras novedades jurisdiccionales que merecen nuestra atención son: (a) la posibilidad que se pueda declarar la inconstitucionalidad

⁶⁴ Venezuela cuenta con un control mixto de constitucionalidad, en virtud del cual cualquier tribunal puede declarar inaplicable una ley que se aparte de la Constitución en el caso concreto, sin perjuicio de la atribución de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo para declarar su nulidad (art. 334 Constitución de Venezuela). Una situación similar presenta la Constitución de Ecuador, donde los tribunales ordinarios deberán preferir la aplicación de la Constitución y de los Tratados por sobre la ley (arts. 425 y 426), mientras que la Corte Constitucional será la única que podrá resolver la inconstitucionalidad de una norma con efectos generales (art. 436). En Bolivia, en tanto, los jueces ordinarios carecen de atribuciones en materia de control concreto, y será el Tribunal Constitucional Plurinacional quien tendrá a su cargo el control de constitucionalidad concreto y abstracto de las leyes.

⁶⁵ NOGUERA, *Los derechos sociales...*, p. 211.

⁶⁶ Incluso, la Constitución venezolana va más allá, al proteger en la norma citada “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”.

⁶⁷ NOGUERA, *Los derechos sociales...*, p. 212.

por omisión en Venezuela (art. 336 N° 7) y Ecuador (art. 436 N° 10), lo cual es muy importante teniendo en consideración que los derechos sociales exigen del legislador una actividad importante dirigida a implementar mediante políticas concretas los mandatos establecidos a nivel constitucional; y (b) la facultad de deducir un “amparo de cumplimiento” en contra de las autoridades administrativas que vulneren derechos por no haber ejecutado una orden legal o constitucional, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 436 N° 5 de la Constitución ecuatoriana y 134 de la boliviana.

3.3. Otras garantías de los derechos sociales

Además de las garantías previamente explicadas, estas Constituciones contemplan otras que deben ser mencionadas, tales como:

- El establecimiento de todos o algunos de estos principios: inviolabilidad, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que operan como criterios interpretativos de los derechos⁶⁸.
- La consideración de cláusulas abiertas que reconocen catálogos no taxativos de derechos, y el reconocimiento de la dignidad humana como fuente para el respeto por derechos no enumerados⁶⁹.
- La jerarquía constitucional o la aplicación directa de tratados sobre derechos humanos en el plano interno⁷⁰.
- La existencia de órganos con competencias claras en materias de derechos fundamentales⁷¹.

⁶⁸ Art. 19 Constitución de Venezuela. Art. 11 N° 6 Constitución de Ecuador. Art. 13 Constitución de Bolivia.

⁶⁹ Arts. 3 y 22 Constitución de Venezuela. Art. 11 N° 7 Constitución de Ecuador. Arts. 13 y 22 Constitución de Bolivia.

⁷⁰ Art. 23 Constitución de Venezuela. Arts. 11 N° 3, 84 y 417 Constitución de Ecuador. Art. 13.IV Constitución de Bolivia.

⁷¹ Como el Consejo Moral Republicano y la Defensoría del Pueblo en Venezuela; los Consejos Nacionales de Igualdad, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y la Defensoría del Pueblo en Ecuador; o la Defensoría del Pueblo, y las organizaciones indígenas en Bolivia.

- Sistemas de democracia participativa que permiten la retroalimentación permanente entre el Estado y los ciudadanos en materia de respeto de los derechos⁷².

CONCLUSIÓN

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano propone una inserción novedosa de los derechos sociales en el esquema constitucional, al reconocerle misma jerarquía e igual trato que a los demás derechos constitucionales. Esta situación deriva, a su vez, de un esfuerzo por consolidar una pulcra igualdad material, la que no solo se extiende a los seres humanos existentes sino también, al menos en Ecuador y Bolivia, vincula a las personas con la naturaleza y con las demás generaciones. Esto conduce, además, al establecimiento de poderosos mecanismos de garantías orgánicas, jurisdiccionales y a nivel de interpretación.

El interesante panorama que propone esta corriente latinoamericana ofrece, al menos, tres fuertes desafíos que deberán ser enfrentados. El primero, tiene que ver con la interpretación y aplicación que se haga del Estado de Derecho(s) y Justicia, cuya implementación puede llegar a hipotecar severamente las libertades ciudadanas y la seguridad jurídica, abriendo paso a eventuales arbitrariedades de los gobernantes. El segundo, se refiere al riesgo de la exacerbación de expectativas de las clases tradicionalmente postergadas, quienes en el evento que no se cumplan sus legítimas aspiraciones pueden adentrarse en una depresión social y, con ello, a una desconfianza y deslegitimación del modelo constitucional. Por último, como denuncia Gargarella, si bien estas son constituciones muy ricas en derechos, siguen siendo débiles en la institucionalidad democrática, ya que impiden un efectivo acceso de los ciudadanos a la “sala de máquinas”, que es donde se resuelven los asuntos políticos y donde se controlan las políticas públicas⁷³.

⁷² Los mecanismos de participación en el Nuevo Constitucionalismo son variados y, por su extensión, imposible de detallar aquí. Para su análisis se sugiere: PALACIOS, Francisco: “La reivindicación de la polis: crisis de la representación y nuevas estructuras constitucionales de deliberación y participación en Latinoamérica”. En: STORINI, Claudia y ALENZA GARCÍA, José Francisco (Dir.): *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona. Págs 147-241.

⁷³ “Los latinoamericanos fueron los primeros en asegurar el ingreso de la “clase trabajadora” y otros grupos desaventajados a la Constitución, pero lo hicieron solo a través

Como sea, más allá de estas prevenciones, este nuevo escenario es particularmente interesante para países como Chile, que están pensando en cambios constitucionales profundos y que buscan modelos de los cuales sacar experiencias a imitar, mejorar o descartar.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁVILA, Ramiro: “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. En: ANDRADE, Santiago; GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (edit.): *La nueva Constitución del Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009. Págs. 405-428.
- ÁVILA, Ramiro: “Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia”. En: ÁVILA, Ramiro (edit.): *La Constitución del 2008 en el contexto Andino*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2008. Págs. 28-37.
- CARDUCCI, Michele: “Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell’alterità”. En: *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2012. Págs. 319-325.
- FERRUFINO, Rubén: “Análisis crítico de los preceptos económicos establecidos en la Nueva Constitución Política del Estado”. En: KÄSS, Susanne y VELÁSQUEZ, Iván (Edit.): *Reflexión crítica a la nueva Constitución Política del Estado*, Fundación Konrad Adenauer, oficina Bolivia, La Paz. Págs. 517-555.
- FIALLO, Liliam y ZALDIVAR, Abraham: “Un nuevo constitucionalismo para el proyecto de emancipación latinoamericana”, en: Roberto VICIANO PASTOR (Editor): *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág.197-214.
- FIORAVANTTI, Maurizio: *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Editorial Trotta, Madrid. (Trad. Adela MORA y Manuel MARTÍNEZ).
- GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian: “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”. En: *Serie Políticas Sociales*, CEPAL, Nº 153, 2009.

de la sección de los derechos. Ha llegado la hora de que abran para tales grupos las puertas de la “sala de máquinas” de la Constitución, que después de más de dos siglos siguen –como en toda Europa– todavía cerradas”. GARGARELLA, Roberto: “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”, columna de opinión publicada en el Diario El País de España, el 20 de abril de 2014. Fecha de consulta: 10 de junio de 2015. Disponible en: http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html

- GARGARELLA, Roberto: “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”, columna de opinión publicada en el Diario El País de España, el 20 de abril de 2014. Disponible en: http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html
- HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional de Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- HUANACUNI, Fernando: *Vivir bien / Buen vivir*. Instituto Internacional de Integración, La Paz, 2010.
- MAESTRO, Gonzalo: “El nuevo constitucionalismo económico latinoamericano”. En: STORINI, Claudia y ALENZA GARCÍA, José Francisco (Dir.): *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona. Págs 85-107.
- MORENO, Daniel; VARGAS, Gonzalo; OSORIO, Daniela: *Nación, diversidad e identidad en el marco del Estado Plurinacional*. Programa de Investigación Estratégica de Bolivia, Cochabamba, 2014.
- MORENO, Diego: “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano en la encrucijada: cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro”. En: Juan Manuel LÓPEZ UBILLA (Director): *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*. Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011. Págs. 147-215.
- NOGUERAS, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- PALACIOS, Francisco: “La reivindicación de la polis: crisis de la representación y nuevas estructuras constitucionales de deliberación y participación en Latinoamérica”. En: STORINI, Claudia y ALENZA GARCÍA, José Francisco (Dir.): *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona. Págs 147-241.
- PÉREZ LUÑO, Antonio: *Los derechos fundamentales*. Editorial Tecnos, 8ª. Edición, Madrid, 2004.
- PÉREZ, Alberto: “Características esenciales del nuevo constitucionalismo en América Latina”. En: STORINI, Claudia y ALENZA GARCÍA, José Francisco (Dir.): *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona. Págs. 27-60.
- SALAZAR, Pedro: “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (una perspectiva crítica)”. En: GONZÁLEZ, Luis y VALADÉS, Diego: *El Constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Autónoma de México), México D.F., 2013. Págs. 345-387.
- SÁNCHEZ, Remedio: *El Estado Constitucional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- SEJAS, Nicómedes: *Katarismo y descolonización, la emergencia democrática del indio*. Stigma, 2014.

- TÓRTORA, Hugo: “El derecho a la vivienda adecuada o digna”. En: AGUILAR, Gonzalo (coord.): *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*. Librotecnia, 2012.
- VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ, Rubén: “Fundamento teórico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. En: Roberto VICIANO (Editor): *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Págs. 11-49.
- VICIANO, Roberto, y MARTÍNEZ, Rubén: “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”. En: *Revista Ius*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nº 25, 2010. Págs. 7-29.