

## CONSTITUCIONALISMO SOCIAL LATINOAMERICANO

Rodolfo ARANGO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Diferencias epistémicas entre sociedades “bien ordenadas” y “no bien ordenadas”*. III. *Particularidades del constitucionalismo social latinoamericano*. IV. *Cómo construir un constitucionalismo social latinoamericano*. V. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Después de dos revoluciones —la inglesa y la francesa—, dos guerras mundiales y un amplio proceso de industrialización, Europa pudo alcanzar el desarrollo económico y social suficiente para que sus habitantes no mueran de hambre, vivan democráticamente y crean en el derecho como medio de paz. Por lo menos lo anterior vale para los ciudadanos europeos, aunque lamentablemente no se aplica necesariamente a emigrantes o refugiados que agolpan a las puertas de Europa o son expulsados de ella. Si bien las antiguas colonias allende del Atlántico sueñan hace doscientos años con la misma suerte de la comunidad europea, por ejemplo, vivir en paz, con estabilidad política y bienestar social, hasta el momento tal sueño sigue lejano. El desarrollo de los países del sur es menor a los del norte, la desigualdad social inmensa y sus gobiernos dependientes del exterior. Buena parte de su población vive en la pobreza. El desempleo o subempleo dominan. La desigualdad entre ricos y pobres es de las mayores del

mundo. Los poderes legislativo o ejecutivo se encuentran en mayor o menor medida capturados por grupos económicos con intereses de clase.

Las diferencias materiales entre Europa y Latinoamérica también se reflejan a nivel jurídico. Es así como mientras los derechos sociales están garantizados a nivel legislativo en el mundo desarrollado y no merecen por lo general de consagración constitucional, en el Sur se reconoce a los derechos sociales —alimentación, salud, educación, vivienda, trabajo, seguridad social— estatus de derechos fundamentales, aun si su desarrollo legal es precario o inexistente. Hay algo paradójico en esta realidad invertida: a mayor realización de los derechos sociales en Europa, menor el interés de consagrarlos constitucionalmente, y, a la inversa, a menor goce efectivo de los mismos en Latinoamérica, mayor es el reconocimiento constitucional que reciben los derechos sociales en los países del cono sur.

Latinoamérica pretende ahorrarse revoluciones y guerras como etapa previa para construir sociedades más equitativas. No se resigna a aceptar la tesis según la cual para lograr condiciones materiales más igualitarias se requiere repetir los pasos de los ancestros europeos. Tampoco acepta obedecer, cual hermano menor incapaz de autodeterminarse, a teóricos que desaconsejan el reconocimiento de los derechos sociales a nivel constitucional por ser antidemocráticos o fomentar el paternalismo y la demagogia. Por el contrario, con fundamento en la experiencia de democratización de la sociedad vivida en las últimas dos décadas, es posible afirmar que el constitucionalismo social latinoamericano adquiere cada vez más extensión e importancia, independientemente de que tan convenientes sean sus efectos a largo plazo. El constitucionalismo latinoamericano asume las transformaciones del Estado de derecho en Estado social y constitucional de derecho, así como de la democracia liberal en una democracia social y constitucional. Cuáles serán los efectos futuros de dichas transformaciones es algo que no se puede prever.

El espejo invertido de Europa y Latinoamérica, que representa la realización de los derechos sociales y su nivel de consagración constitucional, refleja una idea bien expresada por el juez de la Corte Constitucional de Suráfrica, Albi Sachs: “There is growing acceptance all over the World that certain core fundamental values of a universal character should penetrate and suffuse all governmental activity, including the furnishing of

the basic conditions for a dignified life for all. I believe that 21st-century jurisprudence will focus increasingly on socio-economic rights”.<sup>1</sup>

El juez Sachs interpreta correctamente lo que el constitucionalismo social latinoamericano ha erigido como objetivos fundamentales: colocar los derechos sociales en el centro del proyecto político y económico en sociedades altamente disfuncionales; diseñar las instituciones y los procedimientos democráticos requeridos para realizar los derechos humanos en su integridad. En lo que sigue defenderemos una concepción del constitucionalismo latinoamericano que denominamos “social”. Primero mostraremos las diferencias epistémicas que se erigen entre sociedades “bien ordenadas” y “no bien ordenadas” y cómo tales diferencias inciden a la hora de reconocer derechos subjetivos constitucionales; luego expondremos algunas características del constitucionalismo social latinoamericano que lo diferencian de otras experiencias constitucionales; por último, haremos una propuesta metodológica para la construcción de un derecho constitucional latinoamericano en clave de derechos sociales.

## II. DIFERENCIAS EPISTÉMICAS ENTRE SOCIEDADES “BIEN ORDENADAS” Y “NO BIEN ORDENADAS”

John Rawls restringió su reflexión sobre la justicia a sociedades “bien ordenadas”. Estas presuponen un nivel de conciencia que posibilita una búsqueda cooperativa del bienestar colectivo. En ellas sus miembros conocen y aceptan los principios de la justicia defendidos por Rawls así como las instituciones sociales básicas necesarias para su satisfacción. Los integrantes de las sociedades “bien ordenadas” son personas racionales y razonables, que en caso de conflicto entre derechos escogerían la libertad por encima de la igualdad. En claro contraste con este tipo de sociedades, las sociedades “no bien ordenadas” son aquellas donde no existe el nivel de conciencia y cohesión social que permita a sus miembros compartir una concepción de justicia. Estas sociedades están divididas por profundas fracturas económicas, culturales, étnicas y políticas y presentan amplios problemas de disfuncionalidad institucional (por

<sup>1</sup> Malcolm, Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. v.

ejemplo, corrupción, captura del Estado por intereses particulares), desigualdad, inequidad y propensión al conflicto nacional e internacional.

Para sociedades bien ordenadas resulta adecuada una democracia liberal. Esta se funda en el reconocimiento de libertades básicas, concebidas como derechos negativos o de abstención. La vida, la libertad y la propiedad privada ocupan en este contexto una posición de privilegio. Según esta teoría, los derechos sociales no son verdaderos derechos fundamentales; son meras aspiraciones políticas. El título de derechos fundamentales se reserva a los clásicos derechos civiles y políticos. Bajo esta óptica, reconocer estatus de derechos fundamentales a la alimentación, a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo o a la seguridad social resulta extraño además de que amenaza los principios de libertad y democracia, lo que debe evitarse en una sociedad que aspire a ser libre y equitativa.

Las sociedades “no bien ordenadas” rechazan una teoría política fundada en diferencias metafísicas entre derechos. Para el constitucionalismo social no existen diferencias categoriales entre las libertades negativas innatas (que habría reconocido Dios a todos los hombres por el mero hecho de serlo) y los derechos sociales que son, según la expresión de Carl Schmitt, derechos socialistas incompatibles con la sociedad liberal burguesa. Tanto los derechos de libertad como los derechos sociales son, para la tradición de las sociedades no bien ordenadas, potenciales derechos fundamentales. Eso explica por qué este tipo de derechos ocupa un lugar central en la jurisprudencia constitucional en Latinoamérica, sin que su reconocimiento por parte de los jueces constitucionales, por ejemplo en Colombia, Brasil, Argentina o Ecuador, haya significado la destrucción del Estado democrático de derecho como lo prevenía E.W. Böckenförde.

Los presupuestos epistémicos de cada una de las concepciones de la sociedad descritas conducen a divergentes condiciones de posibilidad de los derechos fundamentales, las cuales por su parte determinan prácticas institucionales igualmente divergentes. Mientras que las sociedades “bien ordenadas” son minimalistas en el reconocimiento constitucional de derechos sociales y restringen la función jurisdiccional al cumplimiento de las prestaciones sociales aseguradas por ley, en sociedades “no bien ordenadas” se presenta una ampliación —hipertrofia según los críticos eurocéntricos— de los derechos fundamentales y del control constitucional. En el constitucionalismo social latinoamericano las cortes

constitucionales o tribunales con funciones constitucionales intervienen constantemente para evitar omisiones inconstitucionales de otras autoridades públicas en materia de la satisfacción de derechos sociales. Es esta segunda realidad fáctica y normativa la que identifica al derecho constitucional latinoamericano.

### III. PARTICULARIDADES DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL LATINOAMERICANO

El constitucionalismo social latinoamericano surge en el contexto de la crisis del modelo de democracia liberal y del avance de la constitucionalización del derecho ordinario por medio de la extensión de las competencias de los jueces constitucionales. Característico de este desarrollo doctrinal es el protagonismo de la jurisdicción constitucional como instancia fundamental de dinamización democrática. Estas características plantenan tensiones entre diversos principios constitucionales.

#### 1. *Tensión entre el principio democrático y el de Estado social de derecho*

Liberales tan connotados como Rawls o Dahrendorf a finales del siglo XX han aceptado que la democracia liberal y representativa defendida por ellos en el pasado se encuentra en transición hacia algo nuevo e impredecible, y esto en buena parte por los desafíos del fenómeno de la globalización. La crisis de representatividad de los partidos políticos y la debilidad del parlamentarismo para enfrentar desafíos sociales respecto de decisiones macroeconómicas adoptadas en forma descentralizada por agentes no estatales, restan poder explicatorio y justificatorio al modelo de la democracia liberal tradicional. Las alternativas en este proceso de transición pueden ser, entre otras, o la transformación de la democracia liberal en una democracia social que garantice la autonomía individual pero al costo de asegurar una mínima igualdad material a todos, o la restricción de las competencias de los jueces constitucionales y su limitación a la garantía de los derechos de libertad y de los principios fundamentales del Estado.

Tomarse en serio la reconstrucción del reconocimiento y la justicia-  
bilidad constitucionales de los derechos sociales fundamentales implica  
resolver la tensión entre el principio democrático —que asigna la com-  
petencia de construcción social y económica, así como el desarrollo de  
la justicia distributiva en el legislador como principal foro de represen-  
tación política— y el principio de Estado social de derecho. La defensa  
irrestricada de la democracia representativa puede significar el sacrificio  
del principio de Estado social de derecho. Esto es especialmente cierto  
cuando el Parlamento o el Congreso están cooptados por grupos y secto-  
res que desatienden sistemáticamente los principios y metas constitucio-  
nales. Tal ha sido la experiencia que ha debido enfrentar el constituciona-  
lismo social en Latinoamérica a fines del siglo XX y principios del XXI.

El paso del Estado de derecho al Estado social de derecho no es pe-  
queño cambio en la formula de Estado. En el primero los mandatarios se  
sujetan al principio democrático y a sus resultados plasmados en la Ley.  
En el Estado social de derecho la acción de las autoridades públicas no es  
exclusivamente proteger al individuo dentro del marco de la ley; también  
lo es satisfacer las necesidades básicas de la población, más aun cuando  
la dependencia económica y social impide al individuo hacerlo por sus  
propios medios. Este cambio es de la mayor envergadura. Un Estado so-  
cial de derecho supone una revolución del pensamiento y de la forma de  
vida, aunque no necesariamente una revolución violenta. Este no llega al  
extremo del Estado comunista que monopoliza los recursos de la socie-  
dad, con planes quinquenales administrativos y económicos en manos  
de una burocracia centralizada y con la expropiación de los medios de  
producción a los particulares. Sabemos que esa experiencia fue históri-  
camente fallida, tal y como se realizó. Esto no significa, no obstante, que  
el ideal de la emancipación humana deba ser abandonado. Lo que se ha  
invalidado es el intento histórico de realizar de una determinada manera  
la emancipación social y humana.

Es importante tomar conciencia de la complejidad de la discusión de  
los derechos sociales fundamentales: ella involucra un debate más am-  
plio sobre las relaciones entre justicia distributiva y compensatoria. El  
subdesarrollo es profundo y también es teórico, y no abarca sólo al mun-  
do en desarrollo, sino también a los países del primer mundo que ven  
empobrecer a su población a consecuencia del capitalismo global. La  
relación entre derechos sociales fundamentales y principio democráti-

co es, según este orden de ideas, a un nivel más abstracto la misma que existe ente la justicia compensatoria y la justicia distributiva. Mientras en el primer caso existen criterios objetivos que permiten la atribución de derechos públicos subjetivos en cabeza de personas que por su situación deben recibir una protección constitucional especial, en el segundo caso las prestaciones sociales que van más allá del mínimo social necesario para la satisfacción integral de todas las necesidades de la persona considerada un miembro igual en consideración y respeto de la comunidad, son materia de políticas públicas del Estado cuya competencia está atribuida al legislador democrático.

El mundo se ha diversificado ideológicamente. No todos creen que el rico deba ayudar al pobre, lo que plantea un problema de justicia distributiva cuando unos tienen más oportunidades que otros por factores naturales y sociales ajenos a su voluntad. Cómo deba ser la distribución de recursos de unos a otros en la sociedad es algo que en una democracia debe discutirse, debatirse y decidirse democráticamente mediante el ejercicio de la política. Es necesario ganar en la arena política el aumento de la tributación y la apropiación de los recursos de la sociedad a los cuales las personas y los grupos en desventaja no acceden por carecer de las capacidades y oportunidades para ello en un régimen de libre mercado. El principio democrático —en su acepción republicana que coincide con el constitucionalismo social— debe gobernar en materia social. Lo que logremos progresar en la realización del Estado social de derecho, de la democratización de la sociedad y del desarrollo de la justicia social, dependerá directamente de la formulación, negociación e implementación de políticas públicas democráticamente establecidas.

No obstante lo anterior, el constitucionalismo social latinoamericano distingue estrictamente entre aspectos de justicia distributiva y de justicia compensatoria, a la cual están adscritos los derechos sociales fundamentales.<sup>2</sup> A diferencia de la justicia distributiva que parte de una igualdad formal de todos ante la ley, la justicia compensatoria busca colocar en pie de igualdad, en el mismo punto de partida a las personas que por circunstancias personales no se pueden ayudar a sí mismas frente a otras personas que sí están en pleno uso de sus capacidades. Los mínimos para

<sup>2</sup> Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1999* (traducción al español: *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005).

compensar lo necesario para que la persona pueda ser un ciudadano integral no deben estar a disposición de las mayorías políticas. En este orden de ideas, los derechos sociales fundamentales se basan en la justicia compensatoria, no en la justicia distributiva. Esta distinción no la hace la concepción liberal clásica cuando sostiene que es mejor liberar las fuerzas de la economía para que todos compitan libremente y tengan motivación suficiente para realizar sus propios proyectos de vida. Bajo este influjo lo requerido es limitar la acción del Estado en aras de proteger la iniciativa individual y el esfuerzo privado. La concepción liberal del Estado parte así de una premisa ficticia, a saber, que todos estamos en iguales condiciones para competir, lo cual no es cierto.

Entre la justicia compensatoria y la distributiva, y entre los derechos sociales fundamentales y las políticas públicas en lo social, existen estrechas relaciones; pero no por ello debe caerse en el error de reducir un extremo de la relación al otro: ni los derechos sociales fundamentales deben vaciar de contenido la política social, ni las políticas públicas en materia social pueden pretender disponer del contenido de los derechos sociales fundamentales. A continuación se ahonda y precisa la referencia a los criterios objetivos que permiten el reconocimiento de derechos sociales, especialmente por parte de los jueces constitucionales.

## *2. Jurisdicción constitucional y principio democrático*

La pérdida de legitimidad y de protagonismo por parte de los partidos políticos y del parlamento en las democracias contemporáneas, dado el contexto de la globalización económica, explica en buena medida la importancia que ha cobrado la jurisdicción constitucional en materia del reconocimiento de derechos sociales fundamentales en los países de Latinoamérica.<sup>3</sup> Mucho de lo que está bloqueado políticamente porque los

<sup>3</sup> Sostiene Philip Alston que este debate ha pasado a una fase más madura y diferenciada en países de Latinoamérica, de Asia del Sur y algunos países occidentales, de forma que cortes nacionales e instituciones de derecho internacional han propiciado una amplia jurisprudencia de derechos sociales. Véase Alston, Philip, *Foreword. Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008, p. x. Para una visión comparativa de los avances en Latinoamérica véase Curtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.



representantes populares no pueden o no se atreven a decidir, es delegado en el máximo intérprete de la Constitución.

Si bien existen tanto peligros de un vaciamiento político del principal órgano político que es el Parlamento como riesgos de pasar a un Estado judicial que todo lo determine, lo cierto es que la experiencia del constitucionalismo social latinoamericano muestra que dichos desenlaces no son necesarios. Por el contrario, el principio democrático puede verse fortalecido y complementado por el activismo constitucional controlado que incentive la democratización de la sociedad. Esto ha sucedido en multiplicidad de decisiones de los jueces constitucionales en Latinoamérica. En Colombia, en materia de salud<sup>4</sup> o de desplazamiento interno como consecuencia del conflicto armado,<sup>5</sup> por ejemplo, se han dictado sentencias que han dado fuerza a movimientos civiles y a organizaciones no gubernamentales en el agenciamiento de derechos en el ámbito de la política nacional e internacional. El constitucionalismo social lejos de desmovilizar a la población puede empoderarla para revitalizar los procesos democráticos sin con ello convertirse en un Estado gobernado por los jueces.<sup>6</sup>

A diferencia de las prevenciones teóricas contra las decisiones de los jueces constitucionales en materia de reconocimiento de derechos fundamentales, en particular de derechos sociales fundamentales, en el sentido de que cuerpos colegiados antimayoritarios decidan asuntos que en una verdadera democracia sólo podrían decidir los representantes políticos de la población, la experiencia del constitucionalismo social en los países latinoamericanos muestra que las intervenciones de los jueces constitucionales más que usurpar las decisiones políticas de otras autoridades públicas o desmovilizar a los movimientos sociales lo que hacen es destrabar el proceso político, cooperar para el cumplimiento oportuno de las metas del Estado y corregir las acciones y omisiones de la adminis-

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008. Véase, especialmente, Parra, Óscar, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2002.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004. Véase Arango, Rodolfo (ed.), *Judicial Protection of Internally Displaced Persons: The Colombian Experience*, Washington DC, The Brookings Institution-University of Bern Project on Internal Displacement, 2009.

<sup>6</sup> Arango, Rodolfo, "Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy", *Ratio Juris*, Oxford, vol. 16, núm. 2, 2003, pp. 141-154.

tración. Esto es patente en Brasil, Argentina, Colombia o recientemente Ecuador en relación con empoderamiento de usuarios de los servicios de salud que ven impedido el acceso a medicamentos; trabajadores que ven disminuido el poder adquisitivo de su salario; indígenas que no son consultados sobre la explotación de recursos naturales en sus territorios; presidiarios que no reciben un trato digno en las cárceles; indigentes que son amenazados por campañas discriminadoras en su contra; desempleados que son expulsados de las vías públicas por buscar su sobrevivencia; o pequeños propietarios privados de sus viviendas por intereses bancarios desproporcionados. Cuando la jurisdicción constitucional interviene para proteger los derechos fundamentales de los grupos de personas mencionados no sólo no desconoce el principio democrático, sino que, por el contrario, contribuye a la realización de una democracia social y una democratización de la sociedad que, sin esperar las resultas de una revolución, debe atemperar los avances de los circuitos del poder burocrático y del dinero. Adicionalmente, la práctica demuestra que más que desactivar la movilización ciudadana, una jurisprudencia constitucional progresista en lo social puede contribuir a la organización social de grupos antes sin vocería y sin poder de influir las decisiones legislativas dominadas por poderes constituidos.<sup>7</sup>

#### IV. CÓMO CONSTRUIR UN CONSTITUCIONALISMO SOCIAL LATINOAMERICANO

El constitucionalismo social latinoamericano viene desarrollándose desde hace dos décadas a nivel doctrinario y jurisprudencial.<sup>8</sup> Una cons-

<sup>7</sup> Saffon, María P., “Can Constitutional Courts be a Counter-Hegemonic Powers vis-à-vis Neoliberalism? The Case of the Colombian Constitutional Court”, *Seattle Journal for Social Justice*. vol. 5, núm. 2, 2007, pp. 533-567; Pérez, Luís E. y Rodríguez y Rodrigo, César Uprimny, *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, 2007.

<sup>8</sup> De la amplia literatura que refleja los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales, véanse, entre otros, Nino, Carlos Santiago, “On Social Rights”, en Aarnio, A. *et al.* (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlín, 1993, pp. 295-299; Lima Lopes, José Reinaldo de, “Direito subjetivo e directos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito”, en Faria, José E. (ed.), *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, San Pablo, 1994; Gomes Canotilho, José Joaquín, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, 1997; Arango, Rodolfo, “Los derechos sociales fundamentales como derechos

trucción más elaborada del mismo puede asumir dos actitudes y elegir entre tres enfoques, no siempre excluyentes sino complementarios.

### 1. *Dos actitudes*

La primera actitud consiste en seguir obedientemente las enseñanzas del mundo desarrollado.<sup>9</sup> Según esta receta, el derecho constitucional no

subjetivos”, *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, núm. 8, 1997, pp. 63-72; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1999; Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de la relaciones entre política y derecho”, en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2001, pp. 113-138; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2002; Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Quito, New Haven, 2003; Sepúlveda, Magdalena et al., *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, 2004; Ari Melo, Cláudio, *Democracia constitucional e direitos fundamentais*, Porto Alegre, 2004; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, 2005; Queiroz, C., *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra, 2006; Courtis, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, 2006; Escobar Roca, Guillermo, *Protección de la salud*, Madrid, Trama, 2006; Gargarella, Roberto et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?* Aldershot, 2006, pp. 169-184; García, Mauricio, “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, en Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García, Mauricio (eds.), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, 2006, pp. 201-233; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, 2007; Sarlet, Ingo, *A Eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livrería do Advogado, 7a. ed., 2007; Gargarella, Roberto, “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, Arango, Rodolfo, *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, 2007, pp. 377-408. Chacón Mata, Ana María, *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, Bilbao, 2007; Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, 2007; Pereira de Souza Neto C. y Sarmiento Daniel (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, 2008; Langford, Malcolm (ed.), *op. cit.*; Herrera, Carlos M., *Les droits sociaux*, París, 2009; Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009; Carbonell, Miguel, “La eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, en Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *op. cit.*, pp. 55-87.

<sup>9</sup> Las enseñanzas sobre los peligros de un constitucionalismo social pueden encontrarse, entre otros, en críticos como Böckenförde, Ernst W., “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, *Escritos sobre derechos fundamentales*,

debe vivir de sueños o quimeras. Las Constituciones no son seguros de vida, sino acuerdos mínimos de gobernabilidad que aseguran la libertad y el desarrollo económico. Desde esa perspectiva, es aconsejable rechazar un peligroso constitucionalismo social y adoptar más bien un constitucionalismo liberal que controle al Estado y garantice espacios de libertad a los individuos y grupos. Esta opción requeriría rectificar varios aspectos de la práctica actual del activismo judicial, la constitucionalización del derecho ordinario y la preeminencia de la justicia constitucional sobre los otros poderes públicos. Sectores conservadores amigos de regresar al modelo de Estado liberal de derecho lideran los proyectos de reforma que buscan racionalizar el uso del derecho constitucional, limitar los poderes de las cortes constitucionales en favor de un fortalecimiento del poder ejecutivo e impedir que los jueces intervengan en decisiones económicas antes reservadas a los expertos o a funcionarios de carácter técnico.

Una actitud diferente hace énfasis en una agenda propia, independiente, para Latinoamérica, que no responda a modelos políticos y diseños institucionales preestablecidos sino a una experiencia de práctica jurisprudencial y doctrinal que afronte institucionalmente las disfunciones de las sociedades “no bien ordenadas”, sin que tal actitud signifique necesariamente la ruina del derecho o la despedida del sistema democrático. Tal agenda podría diseñarse, desarrollarse y reconstruirse de forma complementaria a partir de diversos enfoques.

## 2. Tres enfoques

Por lo menos tres enfoques pueden ser adoptados en la construcción de un constitucionalismo latinoamericano con énfasis en el protagonismo de los derechos sociales, según el modelo de Estado social de derecho y democracia social constuido por vía de la jurisprudencia constitucional.

Baden-Baden, Nomos, 1993; Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 22, 1995; Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, 2001; Laporta, Francisco, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en Betegón J. *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, 2004, pp. 297-326; Atria, Fernando, “¿Existen los derechos sociales?”, *Doxa. Discusiones: Derechos Sociales*, núm. 4, 2004, pp. 15-59.

### A. *Enfoque genético-evolutivo del constitucionalismo social*

Según este enfoque, los fundamentos de un constitucionalismo común latinoamericano deberían buscarse en la consagración de principios, derechos y deberes en los textos constitucionales a partir del derecho internacional de los derechos humanos, que reconoce los derechos humanos sociales, económicos y culturales como verdaderos derechos. El hecho de que en las constituciones europeas de la posguerra los derechos sociales no tuvieran inicialmente consagración constitucional, no ha impedido a las constituciones latinoamericanas acoger un gran número y variedad de derechos constitucionales —liberales y sociales— en respuesta a las exigencias de grupos y sectores sociales diversos. Por su parte, la Convención de Viena de 1993 consagra los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, importante fundamento del constitucionalismo social en Latinoamérica.

Desde un punto de vista estrictamente normativo, que debe ser complementado por la investigación histórica sobre la evolución del derecho constitucional en Latinoamérica luego de la independencia, a partir de finales del siglo XX es perceptible una ola de reformas constitucionales (Brasil 1988; Colombia 1991; Perú 1993; Argentina 1994; Venezuela 1999; Ecuador 2008; Bolivia 2009) con similares características, a saber, amplias cartas de derechos, mecanismos de protección constitucional de los mismos, control constitucional por parte de Tribunales especializados o Salas constitucionales dentro de las Corte Supremas de Justicia. En especial, es perceptible una clara tendencia al reconocimiento constitucional de derechos sociales, a la par con derechos de libertad y de participación, como es posible observarlo tanto en el texto de las Constituciones, como en la jurisprudencia y la doctrina respectivas. En un plan material puede decirse que las presiones de la globalización no se restringen al ámbito económico, sino que existe un creciente proceso de diálogo y transmisión de doctrina constitucional especialmente en materia de derechos humanos y fundamentales, dada la pretensión de universalidad que estos llevan implícita. El avance en los estudios genético-evolutivos debería tener en cuenta la mencionada convergencia, de forma que el comparativismo constitucional se expanda del ámbito de los derechos al de las instituciones (cortes, *ombudsman*, organismos de control, sistema electoral, etcétera) y de

los procedimientos (acciones de protección de derechos; acciones populares de defensa de intereses generales o derechos colectivos; vetos; participación ciudadana, entre otros).

B. *Enfoque top-down (deductivo) vs. enfoque down-top (inductivo)*

Un enfoque *top-down* (deductivo) en la construcción de un constitucionalismo común en latinoamérica parte de la norma superior de los distintos ordenamientos —la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos, etc., cuando ellos tienen un estatus superior al texto constitucional— y estudia el desarrollo deductivo del ordenamiento jurídico al estilo de un sistema que va descendiendo en su desarrollo por vía de decisiones de la jurisdicción constitucional con efectos *erga omnes*; leyes; decretos reglamentarios; decisiones constitucionales *inter partes* o *ad personam*; decisiones de la justicia ordinaria; resoluciones, circulares, etcétera. La ventaja de este enfoque radica en reconocer el valor normativo supremo de las normas que gobiernan el desarrollo constitucional en cada país antes de proceder a comparar a dicho nivel máximo las disposiciones constitucionales de los diversos Estados, en búsqueda de principios fundamentales comunes.

El enfoque *top-down* corre el riesgo de quedarse en una descripción normativa y limitarse a la reconstrucción del entramado jurídico institucional, sin conexión necesaria con la vigencia efectiva del derecho constitucional. Es por ello que no la normatividad sino la facticidad, desde un enfoque *down-top* (inductivo) se presenta como mejor candidato para desde la experiencia de la jurisdicción constitucional, en forma casuista, se vaya tejiendo una red comprensible y comprehensiva del constitucionalismo social.<sup>10</sup>

Buenos candidatos para construir inductiva y progresivamente un constitucionalismo social común los constituyen, por ejemplo, los de-

<sup>10</sup> Gerardo Pisarello defiende una comprensión de los derechos sociales y sus garantías a partir de una mirada “desde abajo” en su artículo del mismo nombre, en Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *op. cit.*, pp. 55 y ss. Aquí no usamos la direccionalidad *down-top* en el sentido de Pisarello como una visión desde los ciudadanos y opuesta a una visión estatista o institucional. Se trata más bien de un enfoque inductivo y casuista de situaciones que comprometen derechos sociales y que son compartidas en cualquier país emergente o en desarrollo.

rechos a la alimentación, a la salud o a la vivienda. Diferentes personas pertenecientes a diversas poblaciones sufren de los mismos problemas en cuanto al acceso a alimentos suficientes en calidad nutricional y cantidad; al acceso a medicamentos y tratamientos médicos; el despojo de la morada en que viven o vivían. A partir de la identificación de situaciones comunes —por lo general de vulneración o amenaza a un derecho social determinado— es posible comparar la manera como los jueces en los diferentes países del Continente han abordado el caso en lo relativo a la apreciación de los hechos; la valoración de las pruebas; la interpretación de las normas constitucionales; las medidas (preventivas o que remedien) adoptadas; las cargas de la argumentación impuestas a las partes; la debida fundamentación de la decisión, entre otras variables. En el caso colombiano, por ejemplo, es notorio con respecto al grado de originalidad de los jueces constitucionales —creación de doctrinas como el “estado de cosas inconstitucional”,<sup>11</sup> el derecho fundamental mínimo vital,<sup>12</sup> o los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional— o la extensión y popularidad de la acción constitucional para la protección de los derechos fundamentales (acción de tutela). En el caso argentino, los tribunales de la ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, han ordenado al resolver acciones de amparo que la administración incluya personas y familias en los planes alimentarios oficiales; mientras la Corte Suprema de Justicia en el caso Sánchez ha hecho referencia a la estrecha relación entre el mantenimiento del poder adquisitivo del salario y los derechos a la alimentación, la vivienda y la salud.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Véanse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-153 de 1998 (cárceles); T-439 de 1998 y SU-090 de 2000 (pensiones); T-025 de 2004 (desplazados); auto 207 de 2007 en cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004 (indígenas); T-760 de 2008 (salud).

<sup>12</sup> Véanse, entre otras, las sentencias T-426 de 1992 y T-533 de 1992. También Rodolfo Arango y Julieta Lemaitre, “Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital”, *Estudios Ocasionales*, Bogotá, Centro de Investigaciones Sociojurídicas-CIJUS-Facultad de Derecho-Universidad de los Andes, 2003.

<sup>13</sup> Véase Courtis, Christian, “El derecho a la alimentación como derecho justiciable: desafíos y estrategias”, en Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *op. cit.*, pp. 91-115, aquí p. 109.

C. *Enfoques internacional-constitucional  
y constitucional-internacional*

La progresiva internacionalización del derecho público y de los derechos humanos ha propiciado en varios países la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno, reconociéndoles jerarquía supraconstitucional o constitucional. La precedencia o, por lo menos el mismo estatus normativo, de las normas internacionales de derechos humanos hace que un enfoque internacional adoptado internamente por los tribunales y las autoridades de los diferentes países sea propicio a la creación de un constitucionalismo común. Casos igualmente paradigmáticos de impacto del derecho internacional sobre el derecho público interno los ofrece Argentina (mediante la incorporación de tratados de derecho humanos en el texto constitucional en 1994), Colombia (mediante la doctrina del “bloque de constitucionalidad”) o Brasil (que en materia de salud optó por universalizar su prestación, de conformidad con los principios contenidos en la Convención Americana sobre derechos económicos, sociales y culturales). En el caso de Brasil y el derecho a la salud, es especialmente llamativa la tendencia a concebir este derecho —y en general los derechos fundamentales— como una unidad conceptual a partir de las normas internacionales de protección de derechos humanos,<sup>14</sup> lo que supone un claro privilegio del enfoque internacional-constitucional sobre el constitucional-internacional.

La prevalencia de la facticidad sobre la normatividad en el mundo disfuncional y contradictorio de los Estados latinoamericanos aconseja privilegiar un enfoque constitucional-internacional en la construcción de un derecho público común en materia de derechos fundamentales. Lo anterior se justifica por el hecho de que el derecho internacional convencional (la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como la interpretación de la CIDH, es normativamente conservador a la hora de reconocer y proteger derechos sociales. La experiencia de países como Brasil, Argentina, Ecuador, Costa Rica o Colombia permite concluir que el reconocimiento y la protección de los derechos al mínimo existencial, a la salud, a la alimentación, a la vivienda, al trabajo o a la seguridad social, es mayor a nivel nacional en la jurisdicción constitu-

<sup>14</sup> Véase Flichtiner Figueiredo, Mariana, *Direito fundamental à Saúde. Parametros para sua eficacia e efetividade*, Porto Alegre, Livraria de Advogado, 2007, pp. 25 y ss.



cional que en las sentencias de la CIDH. No obstante, el rezago del derecho internacional de derechos humanos en relación con la exigibilidad judicial de derechos sociales no debe impedir que a nivel local los avances doctrinarios transconstitucionales sirvan de fuente de inspiración a los jueces en un nivel local.

Los anteriores enfoques pueden ser complementarios en la práctica, bien se trate de la protección de derechos (enfoques *down* y nacional), del establecimiento de procedimientos (enfoques *top* e internacional) o del desarrollo institucional (enfoques *down* e internacional). La experiencia de varios años en el análisis jurisprudencial en latinoamérica aconseja combinar los enfoques metodológicos para construir un derecho común, atendiendo de si hablamos de derechos, procedimientos o instituciones. Para el caso de los derechos constitucionales, debido a la variedad y riqueza de situaciones y de sentencias de control por vía de amparo o de tutela, se recomienda un enfoque casuista comparativo (*down-top*) a partir de decisiones nacionales comparables hasta llegar a las decisiones más escasas pero no menos importantes de la CIDH. Un ejemplo de trabajo sería analizar la respuesta que recibirían en cada sistema jurídico nacional casos paradigmáticos de niños o niñas pobres privados de una adecuada alimentación, el acceso al sistema de salud en caso de enfermedades catastróficas (sida, cáncer); comunidades indígenas y su acceso y permanencia en el sistema de educación; mínima existencia para personas en la indigencia, etcétera.

En relación con los procedimientos constitucionales para la defensa de los principios y derechos constitucionales, la comparación de los sistemas nacionales puede orientarse a partir del principio internacional de la tutela judicial efectiva. Este principio exige la descripción y comparación de las vías judiciales en cada país como condición previa para recurrir al sistema interamericano mediante un procedimiento complementario de garantía de los derechos por vía de la exigibilidad de las obligaciones internacionales de los Estados parte.

Por su parte, las instituciones constitucionales diseñadas para la protección, la garantía, la vigilancia y el control del poder público y del cumplimiento de las metas contitucionales pueden ser comparadas a partir de un método genético-evolutivo del surgimiento de instituciones como las defensorías del pueblo, la Corte Constitucional o las comisiones públicas o mixtas (público/privadas) que vigilan la prestación de servicios públi-

cos. El diseño institucional de cada país (enfoque *down-top*) puede a su vez ser evaluado a la luz de su carácter pluralista y participativo, más en países que se toman en serio la diversidad étnica y cultural de su población como Bolivia, Ecuador o Colombia.

El propósito de construir un constitucionalismo social requiere entonces, además de actitudes y diversidad de enfoques, establecer algunos criterios o niveles de análisis concordantes con la práctica de los jueces en los países del cono sur.

### 3. *Criterios del análisis*

Como criterios de análisis cuentan 1) el nivel de constitucionalización del derecho nacional, por ejemplo por vía de la aplicación de las doctrinas del bloque de constitucionalidad, de la *Drittwirkung* o de la interpretación de conformidad con la Constitución. El neoconstitucionalismo presenta una amplia difusión en los países del cono sur occidental, lo que supone una pérdida de la primacía de la legislación en favor de un creciente protagonismo de los tribunales constitucionales; 2) el nivel de democratización de la sociedad, criterio que exige entender la democracia no sólo como un sistema para sustituir pacíficamente el ejercicio del poder, sino también como un proceso creciente de incorporación de todos los actores y grupos sociales, en particular los sistemática o tradicionalmente excluidos, en el proceso de autodeterminación de la comunidad nacional; 3) el nivel de realización de los derechos sociales fundamentales en los diferentes países latinoamericanos según datos empíricos del cubrimiento en alimentación, salud, vivienda, seguridad social, etcétera. El control sobre la realización efectiva de los derechos fundamentales sociales mínimos permite distinguir materias de competencia legislativa (como la formulación de una política pública adecuada y suficiente) y materias de competencia de la jurisdicción constitucional de forma que se concilien los principios democrático, de dignidad humana y de Estado social de derecho.

Estos niveles del análisis podrían incluir aspectos de justicia distributiva exigibles judicialmente —por ejemplo el respeto a las reglas procedimentales de la democracia— así como contenidos constitucionales

esenciales<sup>15</sup> o verdaderos derechos sociales fundamentales.<sup>16</sup> Otro ámbito de gran desarrollo jurisprudencial atendidas las sentencia colombianas, argentinas y brasileñas, principalmente, se refiere al control de políticas públicas en materia social en cuanto al monitoreo de obligaciones de ejecución progresiva y de la prohibición de retroceso en materia de derechos sociales. Por último, un aspecto de análisis ulterior consiste en valorar cuanto los derechos sociales fundamentales contribuyen a la construcción de una ciudadanía activa y diversa, como sucede con la jurisprudencia en materia de grupos étnicos y culturales, a cuyos miembros se reconocen derechos fundamentales especiales (por ejemplo derecho colectivo a la sobrevivencia étnica y cultural como grupo, ante las amenazas de destrucción de su medio ambiente vital).

## V. CONCLUSIONES

Un intrincado reto y un necesario compromiso. Dos conclusiones sobre el constitucionalismo social latinoamericano no son admisibles a la luz de las experiencias comparadas:

1. La primera es identificar el sistema constitucional de los países del sur con un estado judicial caótico y meramente simbólico. La investigación empírica sobre cumplimiento de sentencias en materia del derecho a la salud y de asistencia a la población desplazada así lo indica.

2. La segunda conclusión no aceptable sobre el constitucionalismo social latinoamericano es la supuesta destrucción de la democracia representativa; por el contrario, el adecuado diseño ha permitido conciliar la democracia representativa con la democratización de la sociedad sin con ello sacrificar la libertad individual. En tiempos de globalización esta solución se muestra más adecuada que la defensa a ultranza de un Parlamento con crecientes problemas de representatividad dado el surgimiento de nuevos y diversos actores políticos no estatales.

<sup>15</sup> Rawls, John, *Liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996.

<sup>16</sup> Véase la extensa literatura citada en la nota 8, *supra*.

El reto resulta entonces en avanzar en la construcción de un derecho constitucional civilizatorio e integrador sin tener que esperar a grandes revoluciones políticas ni a desarrollos económicos específicos como lo pretende una concepción materialista de la historia que se ha colado en las mentes de muchos liberales.

Sin desatender la necesidad de estudios históricos sobre el origen y las características del derecho constitucional en cada uno de los países latinoamericanos, la experiencia jurisprudencial de los últimos veinte años en el ámbito de los derechos sociales fundamentales constituye un invaluable material para el comparativismo constitucional y, con ello, la integración jurídica futura, así sólo sea, en un principio, un pensamiento quimérico. Las decisiones de la Corte Suprema en Argentina, del Poder Judicial y del Tribunal Supremo en Brasil, de la Corte Constitucional en Colombia o del Tribunal Constitucional del Ecuador, demuestran convergencias en el desarrollo de la protección judicial de los derechos sociales las cuales constituyen los prolegómenos de un derecho constitucional común en el ámbito de los derechos fundamentales.

La internalización de los prejuicios liberales en cabeza de autores y teóricos del primer mundo ha contribuido al rechazo instintivo hacia los derechos sociales y al rezago de lo que podría constituir un aporte importante a la doctrina jurídica en el ámbito del constitucionalismo social, aporte que no se restringe al sur latino sino que involucra otros países en desarrollo. El aumento de la literatura especializada en los últimos años<sup>17</sup> hace previsible la necesidad de investigaciones más extensas y profundas sobre este objeto. Y, si sabemos demostrar desde Latinoamérica la pertinencia y viabilidad de dichas investigaciones, podrían ser los centros de investigación de las sociedades “bien ordenadas” los que financien, así sea con los dineros de “ayuda al desarrollo”, proyectos

<sup>17</sup> Bilchitz, David, *The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Guari, Varun y Brinks, Daniel M. (eds.), *Court-ing Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Pereira de Souza Neto, C. y Sarmiento, Daniel (coords.), *op. cit.*; Langford, Malcolm (ed.), *op. cit.*; Tushnet, Mark, *Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton&Oxford, Princeton University Press, 2008; Herrera, Carlos M., *op. cit.*; Curtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *op. cit.*; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

que permitan la construcción de un constitucionalismo social latinoamericano como antesala a una mayor y mejor integración de las naciones del continente americano hispanohablante, todo bajo el respeto de los principios de Estado social de derecho, democracia social y respeto integral de los derechos humanos.