

El reto de tomarnos en serio el Estado Social de Derecho

Judith Salgado Álvarez*

Este artículo describe los elementos centrales que conforman dos formas de Estado: el Estado liberal de Derecho y el Estado Social de Derecho. Respecto de este último desarrolla con mayor profundidad dos de sus elementos constitutivos: el valor de la igualdad sustancial o real y el reconocimiento y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Plantea algunas reflexiones en la coyuntura actual del Ecuador respecto de la constituyente y las ventajas y desventajas del denominado *constitucionalismo aspiracional*. Finalmente propone la incorporación constitucional de tres aspectos que pueden apuntalar a nivel normativo la igualdad real y los DESC con el fin de consolidar el Estado Social de Derecho y los derechos humanos como razón de ser del Estado y factor de legitimación del mismo. No deja de advertir que la Constitución es una herramienta que puede o no servir para transformaciones sociales y que el reto fundamental de encarnarla en la cotidianidad pasa por un esfuerzo sostenido y complejo.

FORO

Coincido con Carlos Gaviria en que el Estado Social de Derecho (ESD) no implica una concepción contrapuesta al Estado liberal o Estado de Derecho (ED), sino que ambos son fases en un proceso de emancipación de los seres humanos.¹ El ESD viene a mostrar los vacíos y límites del Estado liberal de Derecho, buscando un estadio más avanzado en la concreción de la dignidad humana.

Por lo mismo no podemos hablar del ESD sin antes hacer mención al ED. Este último surge históricamente en oposición al absolutismo del denominado *Ancien Régime* y constituye sin duda un avance significativo en el proceso de emancipación de los seres humanos. En efecto, los pilares que sostienen el ED son el principio de li-

* Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Coordinadora del Programa Andino de Derechos Humanos, PADH, UASB-E.

1. Carlos Gaviria, *Estado Social de Derecho*, conferencia presentada en las Jornadas de Debate Nacional "Los temas de la constituyente: del enfrentamiento a la propuesta", Quito, Taller de Constitucionalismo y Democracia, Área de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, 6, 7 y 8 de marzo de 2007.

bertad por el cual los/as ciudadanos/as pueden hacer todo lo que no está prohibido sin interferencias de ninguna clase; la primacía de la ley como expresión de la voluntad popular; el sometimiento del poder al derecho, expresado en el principio de legalidad por el cual para el Estado todo lo que no está expresamente permitido está prohibido y la separación de los poderes del Estado.

Quizá el valor más importante de esta forma de Estado es la búsqueda de eliminación de la arbitrariedad en el ejercicio de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos/as, la ruptura con el paradigma de poder absoluto e ilimitado. Este viene a ser reemplazado por los límites que pone el Derecho al poder, a través del principio de legalidad y de la igualdad ante la ley, entendida en el sentido de suprimir privilegios y desarmar fueros, de tal manera que toda persona, incluyendo quienes ejercen el poder a través de las instituciones del Estado, se encuentre sometida al Derecho y no por encima o fuera de él.

Ahora bien, un valor fundamental que sustenta la noción de Estado de Derecho es el principio de la dignidad humana que en palabras de la Corte Constitucional de Colombia se concreta:

...en considerar al ser humano como un fin en sí mismo y no como un instrumento o un medio para la realización de la voluntad o intereses ajenos. El principio de dignidad humana protege “i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), ii) ciertas condiciones materiales de existencia (vivir bien), iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”.²

De acuerdo con Ferrajoli el ED tomado en el sentido de un modelo de organización política se caracteriza por tres principios:

a) el principio de *legalidad* de toda actividad del Estado, es decir, de su subordinación a leyes generales y abstractas emanadas de órganos políticos-representativos y vinculadas, a su vez, al respeto de ciertas garantías fundamentales de libertad y de inmunidad personales así como de ciertos derechos de los ciudadanos procesalmente justiciables; b) el principio de *publicidad* de los actos tanto legislativos, administrativos y judiciales, que impone al ejercicio de todos los poderes, sedes, formas y procedimientos visibles, además de normativamente preconstruidos por leyes (el “gobierno del poder público en público”, por usar las palabras de Norberto Bobbio); c) la sujeción a *control* de todas las actividades estatales bajo la doble forma de control jurisdiccional de legitimidad, ejercido por jue-

2. Sentencia T-881 de 2002. Corte Constitucional de Colombia.

ces independientes y de control político ejercido por el Parlamento sobre los aparatos ejecutivos y administrativos y por los electores sobre el Parlamento.³

Siguiendo a este autor, el desarrollo del Estado de Bienestar ha tenido como efecto relevante la crisis del modelo del ED. Sin duda las funciones de gobierno estatal de la economía y las prestaciones públicas de naturaleza social y asistencial entran en directa contradicción con los principios del ED al dotar de mayores espacios de discrecionalidad a las autoridades estatales que diseñan tales políticas y al ampliar el radio de incidencia a ámbitos antes vedados. Ciertamente las desigualdades sociales del sistema capitalista y la presión política de los grupos afectados exigen una mayor intervención del estado en funciones que no calzan en el modelo liberal clásico de ED, pero adicionalmente son precisamente estas nuevas funciones las que se constituyen en un elemento de legitimación político-democrática.⁴

En este contexto surge el ESD que según Garrorena supone los siguientes elementos reconocidos constitucionalmente: i) Asumir el valor de la igualdad real o sustancial; ii) regular constitucionalmente el proceso económico y sus principales actores; iii) reconocer y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales (DESC); iv) limitar el derecho a la propiedad, supeditándolo a que cumpla su función social; v) asumir la transformación funcional y estructural del Estado por la cual éste se convierte en gestor de prestaciones, servicios y asistencias destinadas a garantizar las condiciones fundamentales de la existencia humana; asume su función de intervención y tutela de la economía a través de la planificación y regulación; y cumple su función de remodelación social reconociendo la existencia de una estructura social injusta que debe ser corregida a través principalmente de su accionar; vi) concebir las relaciones Estado/sociedad civil como interrelacionadas y no autónomas como afirma el pensamiento liberal.⁵

En este artículo me centraré en dos de estos elementos. De una parte el valor constitucional de la igualdad sustancial y el reconocimiento y garantía de los DESC.

IGUALDAD, DIFERENCIA Y NO DISCRIMINACIÓN

En primer lugar quiero resaltar que existe una tensión constante entre la igualdad y la diferencia. En efecto, todos los seres humanos somos iguales en dignidad y me-

3. Luigi Ferrajoli, "Estado Social y Estado de Derecho", en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Cortis, comps., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2001, p. 11.

4. *Ibidem*, pp. 12-13.

5. Ángel Garrorena Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991, pp. 48-85.

recemos igual respeto, pero también todas las personas somos diferentes con características específicas sobre las cuales construimos nuestras identidades. Así encontramos diferencias de género, clase, etnia, color, orientación sexual, edad, creencias religiosas, políticas, nacionalidad, condiciones de salud, discapacidades, etc.

Ahora bien, el pensamiento moderno se ha construido a base de dualismos opuestos tales como hombre/mujer; blanco/negro; mestizo/indígena; rico/pobre; país desarrollado/país subdesarrollado; adultos/adolescentes o niños/as; heterosexual/homosexual, creyente/ateo/a, etc. Estos pares opuestos han sido jerarquizados, así uno de ellos ha sido considerado superior y el otro inferior. De esta manera se ha asumido la diferencia o la diversidad como sinónimo de desigualdad, basada en relaciones de poder asimétricas.

Precisamente como cuestionamiento a esta lógica dicotómica y jerarquizada, la teoría feminista ha puesto en evidencia los límites de la igualdad ante la ley o igualdad formal que aunque en la retórica incluye a todos, en la práctica excluye a muchos/as. Un análisis de género permite por ejemplo comprender que el paradigma de lo humano ha sido el varón, blanco, heterosexual y con recursos económicos y que en la práctica todos aquellas/os que no calzan en tal modelo de humanidad han sido excluidos/as.

Marcela Lagarde afirma:

El concepto humanidad encubre ideológicamente la dominación al pretender la confluencia abarcadora de todos y todas. Por eso, al homologar a la humanidad con el hombre, se la enuncia excluyente ya que se deja fuera, o sea subsume en el sujeto histórico (patriarcal, genérico, clasista, étnico, racista, religioso, etario, político) a quienes están sometidos por el dominio, a quienes no son el sujeto y, en consecuencia, no son suficientemente humanos.⁶

Así también Judith Butler plantea que la afirmación pública de identidades lesbianas y gay ha puesto en el debate la disputa por ser considerados como personas, como sujetos de derechos. Su sugestivo planteamiento va más allá. “Pero si luchamos no solo para ser concebidos como personas, sino para crear una transformación social del significado mismo de persona, entonces la afirmación de los derechos se convierte en una manera de intervenir en el proceso político y social por el cual se articula lo humano”.⁷

6. Marcela Lagarde, “Identidad de género y derechos humanos. La construcción de las humanas”, en *Módulo de Capacitación Caminando hacia la igualdad real*, ILANUD, p. 273.

7. Judith Butler, *Deshacer el género*, traducción de Patricia Soley, Barcelona, Ediciones Paidós, 2006, p. 56.

Las preguntas sobre qué es lo humano, a quién se considera humano, son ineludibles entonces, pues definirán los límites de quiénes son considerados sujetos de derechos humanos en lo concreto y no en lo abstracto. Gallardo expone este punto de manera esclarecedora:

El procedimiento de sustancialización excluyente es sencillo: se exterioriza o proyecta un modelo de comportamiento humano; se designa la proyección resultante como Humanidad constitutiva y se juzga –y condena– a quienes no encajan en esa representación/valor como no humanos y antihumanos... El procedimiento sirve tanto para entregarse efectiva identidad humana... como para negársela a quienes se ha construido como *los otros*... Un corolario de esta lógica que hace de una Humanidad abstractamente determinada el canon de la humanidad de los individuos, es decir, que se representa a los seres humanos con independencia de sus relaciones sociales, es que permite reivindicar la humanidad genérica –inexistente– de los individuos, pero no su opción sexual o comunista, o su realidad de género.⁸

Uno de los aportes desde el feminismo ha sido enfatizar que la tensión entre igualdad y diversidad requiere ser abordada en el intento de desmontar las relaciones de poder dominación/subordinación y desechar las diversas manifestaciones de discriminación.

Joan Williams plantea que el análisis de igualdad que incluya uno del género como poder social, elimina la confusión sobre si igualdad de género implica que se trate igual o diferente a mujeres y hombres. Su interesante propuesta se resume en las siguientes líneas:

La igualdad requiere igual tratamiento de ambos sexos ante normas que no estén diseñadas alrededor de los cuerpos y los patrones de vida de los hombres. En algunos contextos, esto no requiere más que igual trato ante leyes y normas existentes. En otros, exige el cambio de una sola institución, ley o norma; o el cambio en la forma en la cual la persona toma las decisiones pertinentes, aplica la norma o ley existente.

En otras ocasiones no será posible llegar a la igualdad de género simplemente con el cambio de una norma o institución, porque el proceso de toma de decisiones involucra a muchos/as actores/as sociales, muchos/as de ellas/os motivadas/os por estereotipos que les llevan a discriminar contra las mujeres. En tales contextos, en los cuales muchos/as actores/as operan en un proceso de toma de decisiones descentralizado, la igualdad de género exige no solo tratamiento ante leyes y normas existentes o cambios a una ley o norma específica, sino que también exige acción afirmativa.^{9, 10}

8. Helio Gallardo, *Política y transformación social. Discusión sobre Derechos Humanos*, Quito, Editorial Tierra Nueva, 2000, pp. 50-51.

9. La Convención de Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) se refiere en su art. 4 a medidas especiales de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y

La deconstrucción de la igualdad por su carácter androcéntrico, la ruptura de la noción de un sujeto universal, la necesidad de reconocer la diversidad de los sujetos, el análisis de género en la reconstrucción de la igualdad son aportes sumamente valiosos que desde el feminismo han movido las aguas del debate sobre igualdad, complejizándolo sin duda.

Darle un nuevo contenido a la igualdad implicaría superar los planteamientos contrapuestos, ya sea de trato idéntico o de trato diferenciado, para poner el acento en el análisis del poder que regula las relaciones económicas, políticas, sociales y culturales.

En suma, asumir, tal como nos plantea MacKinnon, que “... la desigualdad no es una cuestión de identidad y diferencia, sino de dominio y subordinación. La desigualdad tiene que ver con el poder, su definición y su incorrecta distribución”.¹¹

De su parte Sousa Santos distingue dos sistemas de pertenencia jerarquizada: la desigualdad y la exclusión. Según este autor Marx es el gran teorizador de la desigualdad y Foucault de la exclusión. Afirma que si la desigualdad es un fenómeno socioeconómico, la exclusión es sobre todo un fenómeno cultural y social, un fenómeno de civilización.

En el sistema de desigualdad, la pertenencia se da por la integración subordinada, mientras que en el sistema de exclusión la pertenencia se da por la exclusión. La desigualdad implica un sistema jerárquico de integración social. Quien se encuentra abajo está adentro y su presencia es indispensable. Por el contrario, la exclusión presupone un sistema igualmente jerárquico pero dominado por el principio de exclusión: se pertenece por la forma como se es excluido. Quien está abajo, está fuera. Así formulados, estos dos sistemas de jerarquización social son tipos ideales, pues en la práctica los grupos sociales se introducen simultáneamente en los dos sistemas, formando complejas combinaciones.¹²

El típico ejemplo de desigualdad es la que tiene como base la clase social, mientras que el heterosexismo y la homofobia son claros ejemplos de exclusión, basada por lo general en la noción de lo “anormal”. El grado extremo de exclusión es el exterminio y de la desigualdad es la esclavitud.

la mujer. Estas medidas no se considerarán discriminatorias. Nos encontramos en ese caso frente a las denominadas acciones afirmativas.

10. Joan Williams, “Igualdad sin discriminación”, en *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 2000, p. 79.

11. Catharine A. MacKinnon, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1995, p. 435.

12. Boaventura Sousa Santos, *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Bogotá, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 125.

El racismo y el sexismo son formas híbridas que combinan la desigualdad y la exclusión.

En el caso del racismo, el principio de exclusión radica en la jerarquía de las razas, y la integración desigual se manifiesta primero a través de la explotación colonial y luego a través de la inmigración. En el caso del sexismo, el principio de exclusión se funda en la distinción entre el espacio público y el espacio privado y el principio de integración desigual, así como en el papel de la mujer en la reproducción de la fuerza de trabajo en el seno de la familia y más tarde tal como ocurre en el racismo por la integración en formas desvalorizadas de fuerza de trabajo.¹³

Un análisis de la realidad nos lleva a constatar una preocupante vigencia de diversas formas de desigualdad y exclusión que por lo mismo retan el principio de igualdad y no discriminación, pilar de los derechos humanos y del Estado Social de Derecho. Surgen al respecto varias preguntas. ¿Cómo lograr que todas las personas sean tratadas con igual dignidad y respeto, sin dejar de lado sus características que reclaman ser consideradas precisamente para que su dignidad humana sea una vivencia cotidiana y no una fórmula vacía? ¿Cómo alcanzamos una igualdad real/sustancial que vaya más allá de la igualdad formal? ¿Cómo logramos que las diferencias se desconecten de las jerarquías y de las relaciones de poder/dominación?

Precisamente tal como señala Garrorena la primera de las proyecciones de la calificación “ ‘Estado social’ [...] es la aceptación de la *igualdad*, es decir, de la *corrección de las desigualdades sociales*, como uno de los ‘valores superiores’ llamados a inspirar el ordenamiento jurídico”.¹⁴ En efecto, según este autor:

...no se puede entender el principio de igualdad en su escueta y originaria versión liberal, como simple producto de la condición de “generalidad” que debe predicarse de la relación que liga a la ley con el ciudadano, ni –por tanto– como interdicción de toda forma de diferenciación jurídico-formal; eso no sería igualdad sino “identidad”. [...] que carece de sentido en el seno del vigente Estado Social de Derecho donde precisamente el legislador, cada día más, se ve obligado a realizar el valor “igualdad” distinguiendo entre situaciones que merecen ser distinguidas. [...] Consiguientemente, el contenido esencial de la igualdad no se encuentra en la prohibición de establecer tratamientos normativos diferenciados, sino en la interdicción de formaciones diferenciadas no justificadas, esto es arbitrarias o discriminatorias [...] la clave del principio de igualdad no radica en la “no diferenciación”, sino en la “no discriminación”.¹⁵

13. *Ibidem*, pp. 126-127.

14. Ángel Garrorena Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 48.

15. *Ibidem*, pp. 50-51.

Entonces no todo trato idéntico es siempre equitativo (igualitario, justo), ni todo trato diferente es siempre discriminatorio. Para distinguir el trato diferente del discriminatorio contamos con el test de razonabilidad que implica responder la pregunta de si el trato diferente ha sido razonablemente justificado, considerando los siguientes elementos: i) la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato diferente, ii) la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución, iii) la razonabilidad del trato diferente y la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

La razonabilidad del trato diferente marcará la frontera con la discriminación. Un ejemplo paradigmático al respecto son las denominadas acciones afirmativas que son medidas especiales de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad real entre grupos, cuando uno de ellos ha sido históricamente discriminado. Son requisitos de toda acción afirmativa: i) que exista una desigualdad o exclusión real que ubique a un grupo de personas en desventaja frente al resto, ii) que la desigualdad o exclusión se dé por la pertenencia a un grupo étnico, sexual, económico, etc., iii) que el trato diferente sea razonable y proporcional, iv) que la medida sea temporal hasta alcanzar la igualdad real.

En este punto resulta necesario poner en claro los elementos que configuran la discriminación, a saber: i) toda distinción, exclusión o restricción, ii) basada en motivos de raza, color, etnia, sexo, género, religión, edad, nacionalidad, opiniones políticas o de otra índole, idioma, opción sexual, discapacidad visible, condición económica, social y en general por otras causas o condiciones, iii) que tengan por objeto o resultado impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales, iv) en las esferas política, económica, social, cultural, civil, familiar o en cualquier otra esfera.

En toda forma de discriminación (sexismo, racismo, homofobia, xenofobia, adultocentrismo, intolerancia religiosa, etc.) encontraremos una relación jerarquizada (superior/inferior), basada en prejuicios y estereotipos que reafirman lazos de poder/dominación.

Recordemos que la discriminación puede manifestarse tanto en la normativa, en su aplicación por parte de las autoridades competentes, como en las relaciones sociales y la vida cotidiana.

Entonces, tomarnos en serio la calificación del Estado ecuatoriano como un Estado Social de Derecho implica problematizar la reducción de la igualdad a un trato idéntico, incorporar el reconocimiento de la diferencia siempre que esto permita ampliar la noción de sujetos de derechos humanos, poner toda la institucionalidad estatal al servicio de la eliminación de desigualdades y exclusiones y de los obstáculos que impiden el goce efectivo de los derechos humanos individuales y colectivos y

ciertamente deconstruir relaciones de poder asimétricas que reproducen la dominación e impiden la igualdad real.

A propósito del mayor énfasis que se ha dado a la desigualdad o a la exclusión, ha surgido la controversia entre los defensores de las políticas de igualdad (redistributivas) que tienen como eje la categoría clase y los defensores de las políticas de la diferencia (de reconocimiento) que han esencializado e idealizado las diferencias, enfatizando ciertas categorías como raza, etnia, género, sexualidades, etc.

Es un riesgo a mi modo de ver, tanto la tendencia a una homogeneización cultural a nivel global y el desconocimiento y rechazo a la diferencia, como también la fragmentación atomizada en nombre de la diferencia cultural que puede caer en la creación de *ghettos* aislados. En ambos casos las respuestas racistas, xenofóbicas y discriminatorias tienen perfecta cabida.

Nancy Fraser rechaza la elección de carácter disyuntivo. ¿Políticas de clase o políticas de identidad? ¿Políticas sociales o políticas culturales? ¿Redistribución o reconocimiento? Niega que se trate de alternativas mutuamente excluyentes. Al contrario, plantea que no hay reconocimiento sin redistribución y que son tareas cruciales cuestionar la distinción entre cultura y economía; entender cómo las dos esferas actúan conjuntamente para producir injusticias; y descubrir cómo, en cuanto prerrequisito para remediar las injusticias, las exigencias de reconocimiento pueden ser integradas con las pretensiones de redistribución en un proyecto omnicomprensivo.¹⁶

Si bien, Sousa Santos coincide con el criterio de que no es posible el reconocimiento sin distribución y viceversa, no plantea una teoría general de la transformación, sino un proceso de traducción que facilita inteligibilidad entre las luchas basadas en el principio de la igualdad y las luchas basadas en el principio de la diferencia. En este sentido, afirma que la globalización *contrahegemónica* requiere manejar un equilibrio tenso y dinámico entre la diferencia y la igualdad, entre la identidad y la solidaridad, entre la autonomía y la cooperación, entre el reconocimiento y la redistribución. *Asumir que tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza o mengua nuestra posición y que tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza o uniformiza.*¹⁷ (El resaltado es nuestro)

Por consiguiente, si bien es un avance del Estado Social de Derecho el incluir como uno de sus valores fundamentales la igualdad sustancial/real, lo que he intentado mostrar en este punto es que no basta incluir la categoría clase para salvar desigual-

16. Nancy Fraser, *Iustitia Interrupta Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Bogotá, Siglo de Hombrs Editores, 1997, p. 6.

17. Boaventura Sousa Santos, *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, pp. 90-91 y 154.

dades. Garrorena ha dicho que el Estado Social de Derecho parte del reconocimiento de la injusticia y desigualdad que afecta al sistema capitalista y que busca corregirlas. Y este es un primer y muy importante paso, pero las injusticias también se presentan como exclusión o como combinaciones complejas de formas de desigualdad económica y exclusiones y por lo mismo no hay que perderlas de vista al momento de concretar el valor de la igualdad sustancial.

En suma, el debate sobre igualdad/diferencia/no discriminación es central en nuestros días. De hecho, las desigualdades y exclusiones producen diversas redes de inequidad e injusticia en las que las categorías clase, género, edad, raza, etnia, orientación sexual, nacionalidad, religión se entrelazan. El predominio de una o más de estas categorías varía de acuerdo al contexto. La realidad de inequidad es compleja, en consecuencia, las políticas en respuesta no deben dejar de lado dicha complejidad.

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Otro de los elementos centrales de un Estado Social de Derecho es el reconocimiento y garantía de los DESC.¹⁸

Este es un elemento fundamental, más aún si consideramos que todavía hoy prevalece la idea de que los DESC no son derechos y que se trata de normas programáticas, una especie de aspiración política.

Esta idea tiene su antecedente histórico en la Guerra Fría. La bipolaridad entre el capitalismo y el socialismo tuvo su correlato en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En la práctica los regímenes capitalistas asumieron la defensa de los derechos civiles y políticos (DCP), también denominados derechos de libertad, como la esencia de la existencia de un sistema democrático, aparejado a esto vino el desconocimiento de los DESC como derechos. De su parte los regímenes socialistas consideraron a los DCP como la manifestación de privilegios burgueses y asumieron a los DESC como su política prioritaria y como la demostración de que su régimen al favorecer a las mayorías más necesitadas era realmente democrático. Estas visiones contrapuestas tuvieron como consecuencia el que, a pesar de contar con la Declaración Universal de Derechos Humanos, no se consiguiera consenso para aprobar un Pacto Internacional de Derechos Humanos, sino que se elaboraran dos instrumentos separados: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

18. Los DESC comprenden el derecho al trabajo, derechos sindicales, a la alimentación, a la educación, a la salud, a la vivienda, a un nivel de vida adecuado, etc.

A partir de ahí, la tendencia dominante en el ámbito de los derechos humanos ha consolidado una marcada dicotomía entre DCP y DESC. El punto central de dicha dicotomía ha sido el considerar a los primeros plenos derechos y por lo mismo exigibles y justiciables, mientras que a los segundos se les ha negado dicha calidad.

Para el efecto se ha argumentado que los DCP demandan del Estado únicamente obligaciones negativas (de no hacer, no interferir, y que por lo mismo no implican un gasto), en tanto que los DESC exigen obligaciones de hacer, de cumplir con prestaciones que por lo mismo están supeditadas a la disponibilidad de recursos económicos.

Ahora bien, estos argumentos han sido a mi modo de ver sólidamente desmontados por autores como Abramovich, Courtis y Bolívar,¹⁹ entre otros.

Efectivamente, han mostrado que tanto los DCP como los DESC suponen obligaciones negativas y positivas por parte del Estado.

Abramovich y Courtis retoman a van Hoof quien plantea cuatro “niveles” de obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no interferir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituye el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *asegurar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que postulares del derecho accedan al bien.²⁰

Estos cuatro “niveles” son aplicables tanto a DCP como a DESC. Por ejemplo el derecho al debido proceso requiere sin duda que el Poder Ejecutivo y el Legislativo no interfieran en la tutela judicial, pero requiere así mismo la asignación de recursos suficientes para el funcionamiento de la Administración de Justicia y la dotación de defensores públicos para las personas que están imposibilitadas de asumir el costo de

19. Se pueden consultar los siguientes textos: Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. del Puerto, 1997; Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, comps., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2001; Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002; Ligia Bolívar, “Derechos Económicos, Sociales y Culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos V*, Costa Rica, IIDH, 1996, pp. 85-136.

20. Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, comps., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2001, p. 59.

tal patrocinio. Así también el derecho a la vivienda requiere la no injerencia del Estado cuando ya se está gozando de ese derecho, la implementación de políticas públicas que faciliten el acceso a crédito para la construcción de vivienda propia, el funcionamiento de una administración de justicia que frente a las violaciones al derecho a la vivienda brinden una efectiva protección, la existencia de albergues para personas imposibilitadas de trabajar, etc.

Precisamente como una respuesta en contracorriente con la división entre estos derechos surge la noción de integralidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos en su totalidad. Esta noción implica asumir que la efectiva vigencia y goce de los derechos humanos requiere una relación sinérgica entre los diferentes tipos de derechos. Se trata de romper con una visión que por cuestiones ideológicas propugnó una relación de jerarquización y exclusión entre derechos.

Entonces, la calificación de un estado como Estado Social de Derecho constituye un avance muy importante para desarmar la dicotomía entre DCP y DESC y propugnar la integralidad de los derechos humanos.

Esto trae aparejado el desarrollar los distintos niveles de obligación del Estado para todos los derechos, tanto en la normativa, en la aplicación de la justicia y en el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas.

Ahora bien, plantear la integralidad de los derechos humanos no implica desconocer las dificultades que la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC presenta en la práctica. Para Abramovich los principales obstáculos son: i) La falta de especificación concreta de los contenidos de los DESC (que debe ser trabajada desde la reglamentación legislativa y administrativa, la jurisprudencia y el desarrollo de la dogmática jurídica); ii) la autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas; iii) la inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para la tutela de los derechos (respecto a legitimación activa, prueba, mecanismos de reparación, prevención, etc.); y iv) La escasa tradición de control judicial en la materia.²¹

Estas constataciones lo que hacen es evidenciar un reto pendiente para asegurar la efectiva vigencia de los DESC más aún si consideramos que constituyen uno de los elementos centrales de un ESD.

Ferrajoli afirma:

...hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos [DESC] nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantías tan eficaces como las establecidas para los

21. Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, pp. 68-78.

derechos de libertad y propiedad. Pero eso depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado Social de Derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal, y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de grupos de presión y las clientelas y la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como “crisis de la capacidad regulativa del derecho”.²²

No podemos como juristas conformarnos con decir que dado que estos derechos no se ajustan completamente a los mecanismos de justiciabilidad existentes, no es posible demandar su protección y hacer justicia a quienes han sufrido la violación de los mismos. Al contrario, esta constatación nos desafía a dar respuestas creativas e innovadoras, de tal manera que el Derecho responda a las necesidades sociales y sea efectivamente un instrumento para la realización de la justicia.

En suma, asumir que el Ecuador es un ESD trae como consecuencia directa que los DESC son tomados en serio como derechos y no meras aspiraciones como se propugna en un ED.

ALGUNAS REFLEXIONES RESPECTO A LA CONSTITUYENTE

En mi criterio, la actual Constitución Política del Ecuador cuenta con elementos suficientemente adecuados desde lo normativo, sobre todo en su parte dogmática, para procesar una profunda transformación social que contraste las enormes desigualdades existentes, el irrespeto a la diversidad, las formas persistentes de exclusión y discriminación. El marco normativo constitucional no es perfecto, pero brinda suficientes herramientas para supeditar la función de las entidades estatales a la construcción de existencias más dignas, tanto desde la producción legislativa, la implementación de políticas públicas, la administración de justicia en casos concretos, el control de la gestión pública, etc.

El problema central, a mi modo de ver, es que la normativa constitucional no ha permeabilizado el quehacer de las instituciones estatales. En suma, que no nos hemos tomado en serio ni la Constitución, ni la calificación del Ecuador como ESD, ni los derechos humanos como elemento legitimador del Estado. Parafraseando a García nuestra Constitución ha sido más un arma retórica que un arma jurídica.²³ Según es-

22. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 30.

23. Mauricio García, “Los límites del constitucionalismo”, en *Modernidades, Nueva Constitución y Poderes Constituyentes*, Bogotá, UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia, p. 48.

te autor el *constitucionalismo progresista o aspiracional* es precisamente fuerte en aquellos países donde hay más brecha entre las aspiraciones y las realidades sociales, es decir, que en aquellos países donde hay más ausencia de protección de derechos y donde más precario es el constitucionalismo, las constituciones son más progresistas.

García ubica 3 desventajas en la idea aspiracional de la Constitución: i) Deposita esperanzas exageradas en el Estado e implica cierto demérito en cuanto a la capacidad de la sociedad de encontrar su propio destino o de mejorar, “sobrestima las posibilidades constitucionales de cambio social”; ii) Propicia un reformismo permanente como contracara del déficit de maniobra política de los gobiernos; iii) Implica una desvalorización del Derecho y del presente. Lo político y el futuro (revolución social²⁴) es lo importante. De otra parte mira como ventajas de esta idea aspiracional que: i) denuncia la injusticia al evidenciar la brecha entre lo real y lo ideal; ii) crea algo de eficacia instrumental de protección de derechos como por ejemplo con la tutela; y iii) crea una conexión simbólica entre líderes de movimientos sociales y la Constitución a través del uso de estrategias jurídicas para el logro de beneficios políticos.²⁵

Me parece que este análisis es en gran medida aplicable al caso ecuatoriano. Un aspecto sumamente importante que a mi modo de ver constituye una ventaja de esta idea aspiracional de la Constitución y que se evidencia ahora en el Ecuador en este ambiente pro Constituyente que ha puesto en el debate público la discusión de conceptos cruciales para la convivencia. La Constitución empieza a ser leída, conocida, se discute qué se aspira como país, qué tipo de democracia se quiere construir, se delibera en espacios barriales, de movimientos sociales, organizaciones e instituciones, se reaviva una discusión que debe ser sostenida.

Sin desdeñar, en modo alguno, la importancia de la normativa, más aún de la constitucional, considero que es clave analizar de manera integral las posibilidades de su efectiva vigencia. Esto implica, a mi modo de ver y siguiendo a Facio,²⁶ tomar en cuenta a más del *componente normativo* (texto constitucional en este caso) el que ella llama el *componente estructural/institucional*, esto es, preguntarnos ¿de qué manera toman las decisiones las instituciones y autoridades en el ejercicio de su función? ¿Qué principios aplican? ¿Consideran en sus decisiones las implicaciones con-

24. En la coyuntura actual del Ecuador el presidente Rafael Correa propugna la “revolución ciudadana”. Su primera propuesta de campaña ya cumplida es el convocar a una Asamblea Constituyente.

25. Mauricio García, “Los límites del constitucionalismo”, en *Modernidades, Nueva Constitución y Poderes Constituyentes*, pp. 45-48.

26. Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Alda Facio y Lorena Frías, eds., *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, pp. 99-136.

cretas de ser un ESD? ¿Cómo aplican y ponen en práctica los derechos humanos?, ¿Quién controla el cumplimiento de sus deberes? ¿Cómo funciona ese control? ¿Cómo se decide el presupuesto del Estado? ¿Cuáles son las prioridades en el gasto fiscal? Este componente dice relación directa con la aplicación concreta de la norma constitucional por parte de quienes ejercen cualquier autoridad. Adicionalmente esta autora recomienda considerar también el *componente político cultural*, es decir, de qué manera la agenda de grupos políticos, sociales, académicos está dando contenidos restrictivos o expansivos a estas nociones clave de la organización política social. Cómo se expresa por ejemplo la comprensión de la igualdad, la interculturalidad, la solidaridad, la dignidad, la equidad, la libertad, la democracia, el ESD en los grupos organizados y en las relaciones cotidianas.

Este enfoque demanda un análisis complejo de la realidad, que sin duda es necesario más ahora cuando en el caso del Ecuador la apuesta por la Asamblea Constituyente se ha tornado en una especie de nuevo Mesías que viene a salvarnos de todos los males prácticamente.

El avasallante triunfo de la propuesta de instalar una Asamblea Constituyente para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución es un claro mensaje de una población que anhela cambios profundos y que está poniendo en el centro del debate la inconformidad con un modelo político, económico, social, cultural excluyente, inequitativo, opresivo que es el que funciona en la práctica, divorciado de la normativa constitucional y los derechos humanos.

El riesgo que veo es que la nueva Constitución se convierta en una meta en sí misma. Me parece que debemos insistir en que la Constitución no sea la meta sino el medio. La Constitución vigente desde 1998 brinda herramientas que sin embargo no han sido utilizadas para lograr esa necesaria transformación social ¿Qué nos garantiza que una nueva Constitución no correrá el mismo destino?

En mi criterio, cambiar esa tendencia implica un trabajo sostenido de aporte y seguimiento de cómo la normativa constitucional se constituye en referente obligado en la práctica, en la elaboración de la normativa secundaria, en las decisiones de jueces, tribunales, autoridades, en las políticas públicas, en las relaciones internacionales, etc. Este seguimiento requiere una fuerte participación de la sociedad civil organizada, a través de diversos mecanismos de participación y veeduría ciudadana.

Ahora bien de cara al escenario actual, a las puertas de la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente me parece que el primer punto de una agenda progresista es defender los derechos humanos reconocidos en la Constitución de 1998 y avanzar en la profundización y ampliación de los mismos, así como de las garantías para su efectiva protección.

En el marco del tema que he venido analizando, considero que debe fortalecerse el reconocimiento del Ecuador como un Estado Social de Derecho, e incluir algunas reformas que precisamente consolidarán esta forma de Estado, sobre todo en cuanto a la igualdad sustancial y la protección de los DESC. En esta línea propongo:

- a) Incorporar de manera explícita en el nuevo texto constitucional el Principio de que la dignidad humana es el fundamento del orden político y de la paz social.
- b) Si bien la Constitución Política del Ecuador vigente incluye en su art. 17 el deber del Estado de garantizar el ejercicio y goce de los derechos humanos sin discriminación alguna y el art. 23.3 reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación,²⁷ en mi opinión sería necesario adicionalmente incorporar en el nuevo texto constitucional, de manera más explícita, el deber del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y remover los obstáculos para alcanzar tal igualdad.²⁸ En este sentido sería importante reconocer las acciones afirmativas como uno de los mecanismos idóneos para que grupos históricamente discriminados puedan alcanzar una igualdad sustancial. En el mismo sentido sería conveniente adoptar la definición de discriminación de la CEDAW pero sin restringirla a la condición de sexo.²⁹
- c) Expandir la garantía de los DESC considerando los obstáculos que su justicia-bilidad presenta y haciendo sobre todo de la acción de amparo un mecanismo innovador y creativo para la protección de estos derechos.³⁰

Finalmente, me parece que es muy pertinente concluir esta reflexión con la siguiente advertencia.

27. Art. 17: “El estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”; art. 23.3. “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.”

28. Ver por ejemplo el art. 13 inciso 2 de la Constitución colombiana y el art. 9 numeral 2 de la Constitución española.

29. Agradezco esta sugerencia a Ramiro Ávila. La definición de discriminación quedaría entonces así: La expresión “discriminación” denotará toda distinción, exclusión o restricción en razón de nacimiento, edad, género, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado civil, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

30. Al respecto revisar la propuesta trabajada por Ramiro Ávila, docente de la UASB-E y miembro del Taller de Constitucionalismo de esta Universidad.

Las constituciones no son varitas mágicas ni son *Mesías* que cambian la sociedad simplemente modificando los textos de las constituciones. Las constituciones son instrumentos que sirven o no sirven muchas veces, para cambiar la sociedad.³¹

El hecho de que finalmente la normativa constitucional se convierta en herramienta de transformación social dependerá de un esfuerzo sostenido por encarnarla en la cotidianidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor, María José Añón y Christian Courtis, comps., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2001.
- “Estado Social y Estado de Derecho”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, comps., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2001.
- Butler, Judith, *Deshacer el género*, traducción de Patricia Soley, Barcelona, Ediciones Paidós, 2006.
- Facio, Alda, y Lorena Frías, eds., *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Bogotá, Siglo de Hombres Editores, 1997.
- Frías, Lorena, “Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafíos”, en *Las fisuras del Patriarcado: reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, FLACSO-CONAMU, Quito, 2000.
- García, Mauricio, “Los límites del constitucionalismo”, en Miguel Ángel Herrera Zbaib, edit., *Modernidades, Nueva Constitución y Poderes Constituyentes*, Bogotá, UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia.
- Garrorena, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991.
- Gaviria, Carlos, “El Estado Social de Derecho y la presión política por el cambio”, conferencia presentada en las Jornadas de Debate Nacional “Los temas de la constituyente: del enfrentamiento a la propuesta”, Quito, Taller de Constitucionalismo y Democracia, Área de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, 6, 7 y 8 de marzo de 2007.
- Lagarde, Marcela, “Identidad de género y derechos humanos. La construcción de las humanas”, en *Módulo de capacitación caminando hacia la igualdad real*, ILANUD, 1997.

31. Mauricio García, “Los límites del constitucionalismo”, en *Modernidades, Nueva Constitución y Poderes Constituyentes*, p. 49.

MacKinnon, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1995.

Sousa Santos, Boaventura, *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Bogotá, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 2003.

Williams, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en Alda Facio y Lorena Frías, eds., *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

Constitución Política de Colombia.

Constitución Política del Ecuador.

Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Sentencia T-881 de 2002. Corte Constitucional de Colombia.