

Justiciabilidad de los Derechos Sociales Económicos y Culturales en el marco de los Nuevos Constitucionalismos Latinoamericanos.

Diana Isabel Molina Rodríguez⁵

Fecha de recepción: 28 de mayo de 2018

Fecha de aceptación: 7 de julio de 2018

Referencia: MOLINA RODRÍGUEZ, Diana Isabel. (2018). Justiciabilidad de los Derechos Sociales Económicos y Culturales en el marco de los Nuevos Constitucionalismos Latinoamericanos. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 4. Núm. 7. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

Resumen

Frente a las transformaciones políticas suscitadas por los movimientos sociales de América Latina, especialmente de países como Ecuador, Bolivia y Colombia consideramos importante intensificar una lectura del derecho, el Estado y la justicia respecto al fenómeno político y también jurídico de la transformación constitucional de Nuestra América gestadas bajo el calor y la presión de los movimientos sociales en Nuestra América especialmente en países como Ecuador, Bolivia y Colombia. Con el lente de los derechos sociales queremos adelantar discusiones socio jurídicas frente a este fenómeno y junto a él, al nacimiento de nuevas epistemologías para entender la dignidad humana y la garantía de derechos con el alcance y el disfrute de un proyecto de vida individual y colectivo.

Palabras Clave

Dignidad Humana, Latinoamérica, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Decolonial, Constitucionalismo.

⁵ Abogada de la Universidad de Nariño, Magister en Filosofía de la Universidad del Valle. Investigadora Asociada COLCIENCIAS. Docente investigadora del grupo CEJA de la Universidad de Nariño y el grupo La Minga de la Universidad Cooperativa de Colombia – Pasto. Integrante del GT CLACSO Pensamiento Jurídico Crítico. Correo electrónico: molinita15@hotmail.com. Código Postal: 520001

Abstract

Faced with the political transformations aroused by the social movements of Latin America, especially countries like Ecuador, Bolivia and Colombia, we consider it important to intensify a reading of law, the State and justice regarding the political and also the legal phenomenon of the constitutional transformation of Our America gestated under the heat and pressure of social movements in Our America especially in countries such as Ecuador, Bolivia and Colombia. With the lens of social rights, we want to advance legal and social discussions on this phenomenon and, together with it, the birth of new epistemologies to understand human dignity and the guarantee of rights with the scope and enjoyment of a project of individual and collective life.

Keywords

Human Dignity, Latin America, Economic, Social and Cultural Rights, Decolonial, Constitutionalism.

Introducción

El presente capítulo aspira reflexionar, desde la teoría constitucional y de los derechos sociales, el despertar y la crisis que devienen junto con las transformaciones políticas de la América Latina contrahegemónica que amaneció al siglo XXI.⁶

Liderazgos políticos gestados al calor de los movimientos sociales, Estados no muy convenientes para los proyectos neoliberales y para los flujos indiscriminados de capitales; nuevas voces anunciando el renacimiento de las banderas libertarias marxistas pero bajo axiologías y epistemologías decoloniales; emprendimientos políticos hacia el socialismo del siglo XXI, son algunos de los elementos que componen la vasta gama de dilemas puestos sobre la mesa y provocadores de fuertes enfrentamientos sociales y políticos en nuestros días al interior de América Latina (De Sousa, 2010).

⁶ Sobre el concepto de hegemonía y contrahegemonía aplicable a la América Latina de comienzos de siglo XXI puede revisarse el texto: De Sousa, B. (2012). *Nuestra América: Hegemonía y Contrahegemonía en el siglo XXI*. Panamá: Editorial CELA.

Ello frente a coyunturas como la extracción minero – energética, la soberanía alimentaria y ambiental, el acceso a la tierra, la educación pública, el derecho a la salud y a los medicamentos, los derechos ambientales y de la tercera generación, las reivindicaciones por la igualdad de género, entre otros.

Pero más allá de las noticias furtivas sobre la lucha por el agua y por el gas en Bolivia, la inestabilidad política que terminó destituyendo a múltiples presidentes en Ecuador entre 1997 y 2005, las misiones apoteósicas adelantadas por el chavismo en Venezuela para efectivizar los derechos sociales, económicos y culturales (DESC), quizá no hemos tenido la oportunidad, especialmente en las facultades de derecho del país, de reflexionar bajo reglas académicas sobre el Derecho y el Estado con toda esta emergencia política y constitucional de que estamos siendo testigos directos.

Tampoco hemos tenido el espacio para discutir sobre el concepto de dignidad humana, o dicho en términos más amplios, sobre el modelo de vida ideal⁷ que emerge al calor de estos nuevos alcances constitucionales los cuales amplían considerablemente la gama de derechos para sus ciudadanos. Esto teniendo en cuenta que el concepto de dignidad humana no deja de ser problemático, como criterio ético fundamental pero también como una estructura epistemológica básica para construir importantes vinculaciones de carácter jurídico en esferas tanto privadas como públicas de los seres humanos a partir de unos nuevos alcances sobre la dignidad que no se limiten a: a) la no instrumentalización de los hombres; b) su trato, para todos los efectos, como fin y nunca como medio; c) El respeto de su integridad bajo fines morales comunes; d) el uso del lenguaje jurídico para su reconocimiento y su desarrollo intersubjetivo (Dorando, 2010).

Para ello, resulta interesante pensar en las nuevas categorías epistémicas y dogmáticas que se desprenden del “buen vivir” como bien jurídico tutelado por Estados como los de Ecuador y Bolivia, bajo la redacción de sus nuevas cartas políticas, lo cual gesta una apuesta híbrida que

⁷ Este alegato no es contemporáneo, sino que revela una antigua controversia acerca del vínculo entre el ideal (el principio normativo) de ciudadanía y la creación, adquisición y posesión de riquezas. Esta disputa manifiesta la clara y continuada percepción por la existencia de un vínculo entre ciudadanía y condiciones materiales, y concluye ligando el estatus de ciudadano a dos requisitos: la posesión de ciertos bienes o patrimonio, y una cierta igualdad entre quienes participan en la vida pública. Sobre modelo de vida ideal, puede verse: Anchustegui, E. (2012). Ciudadanía e integración: los derechos sociales y la globalización. *Revista Co-herencia* 9 (16), 34-45.

se propone consolidar modelos americanistas del Estado de bienestar y del constitucionalismo social continentales, pero con un giro biocéntrico y una toma de distancia, al menos retórica, del proyecto de modernidad claramente constitucionalista.⁸

Y si bien, las discusiones jurídicas y sociojurídicas que se provocan bajo los contextos señalados son amplias y diversas, conforme lo mostraremos en este escrito, sigue pareciendo interesante desatar nuevos interrogantes bajo el lente de los litigios y el reconocimiento de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC). Además con una mirada que dimensione los efectos del activismo judicial dialógico (Rodríguez y Rodríguez, 2015), el cual tiende puentes entre los jueces, los movimientos sociales, la sociedad civil y el Estado y que resuelve injusticias sistémicas contra grandes poblaciones vulnerables de ciudadanos de América Latina considerando la inequidad como un fenómeno que puede ser justiciable.

Escogimos el lente de la defensa de los DESC, porque consideramos importantes las preguntas estructurales y metódicas en que insiste la defensa de estos derechos, respecto al compromiso estatal permanente hacia transformación social y no como un caso aislado que se agota con la palabra final del juez. Se trata además de un lente que reconoce de manera muy clara la injusticia ejerciendo un diagnóstico estructural basado en hegemonías económicas y burocráticas, en modelos desarrollistas inequitativos, en culturas enfermas y segregacionistas, en fenómenos de dominación poscoloniales y en proyectos de explotación y violencia transnacional, entre otros.

Finalmente consideramos que el soporte jurídico, social y político es provocador para diseñar valores axiológicos de resistencia jurídica y social a todos estos contextos hostiles, de hegemonía jurídico- política en las sociedades de nuestros días.

⁸ Pensadores como Eduardo Gudynas y Alberto Acosta han estudiado con cuidado el concepto de naturaleza presente en este nuevo constitucionalismo, especialmente en los casos de Bolivia y Ecuador, considerando que de este se desprende un Giro Biocéntrico que cuestiona fuertemente las políticas neoliberales y la filosofía moderna. Entre algunos de sus textos se encuentra: Gudynas, E. (2009). La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*. (32), 34-42.

De la misma manera, sobre las diferencias que estos giros retan, puede verse por ejemplo, entre algunos postulados básicos del modelo de Estado moderno el individualismo y la distinción entre el ámbito público y privado. Al respecto puede verse: Anchustegui, A. (2011). Debate en torno al multiculturalismo. Ciudadanía y pluralidad cultural. *Revista Iberoamericana de Filosofía Política y Humanidades* 13. (26), 28-35.

Retomando estas reflexiones podemos decir que nos interesan las transformaciones políticas suscitadas por los movimientos sociales de América Latina, especialmente de países como Ecuador, Bolivia y Colombia; que consideramos importante intensificar una lectura del derecho, el Estado y la justicia frente a un fenómeno político y también jurídico como es la transformación constitucional y las nuevas propuestas constitucionales que se gestan bajo el calor y la presión de los movimientos sociales en Nuestra América, pero especialmente en países como Ecuador, Bolivia y Colombia; y que a través del lente de los derechos sociales queremos adelantar discusiones sociojurídicas frente a este fenómeno y en torno al nacimiento de nuevas nociones respecto a la dignidad humana y la garantía de sus derechos para el alcance y disfrute de su proyecto de vida individual y colectivo.

De acuerdo al panorama anterior, el presente capítulo trata de discutir sobre las lecturas hechas a los nuevos constitucionalismos en América Latina así como a los Derechos Sociales y para ello adelanta las siguientes reflexiones a saber: 1. Un constitucionalismo a la orilla del otro derecho; 2. Antecedentes de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos; 3. Los Derechos sociales en América Latina.

1. Un constitucionalismo a la orilla del otro derecho.

Hay una idea interesante que surge de tendencias humanistas y críticas del derecho⁹, con la

⁹ Es absolutamente amplio el número de autores que se suscriben a una lectura “indisciplinada” del derecho moderno y quienes se ubican a la orilla del “otro derecho”. Autores que fundaron las bases de una Sociología Jurídica como la teoría sociológica crítica del derecho, que presenta a los ordenamientos jurídicos como resultado de intereses políticos al servicio del capital (Rodríguez, 2010, p. 21) (Wolkmer, 2003, p. 32), o paradigmas que presentan categorías de anomia y estructura con Durkheim; o los recientes trabajos de la sociología contemporánea en donde autores como Pierre Bourdieu muestran el problema del Derecho como un campo jurídico que se encuentra determinado por actividades estructuradas y reguladas al interior del mismo. (Bourdieu, 2000, p. 155). Al respecto también puede verse: Cotterrell, R. (1991). *Introducción a la sociología del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.

Así mismo autores, que se arriesgan a insertar a la Antropología Jurídica como una disciplina de estudio alternativa al derecho *ius* positivista la cual se encarga de desmitificar varias verdades sagradas de los textos legales y de las estructuras de la Justicia y del Estado. Esteban Krotz plantea al respecto que existen tres campos de estudio en la antropología jurídica: el campo del derecho comparado como campo de conflictos y de luchas; el derecho como mecanismo de control social; y el campo del derecho y la ideología. Esta división corresponde a una lógica contrainductiva a las del derecho clásico pues se comienza con el estudio de los conflictos y se termina con el estudio de la ideología. F. Silva Santiesteban en su libro *Introducción a la antropología jurídica* indica que entre los temas de que se ocupa esta disciplina también están el pluralismo jurídico, el derecho consuetudinario, la diferencia entre el derecho oficial y los sistemas jurídicos alternativos como el comunitario o el de los pueblos indígenas, entre otros. Al respecto puede verse: Meraz, A. (2006). *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho de Esteban Krotz*. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (23), 185-190.

cual me gustaría iniciar esta discusión y es la apuesta que estas corrientes hacen por la construcción de lazos dialógicos internacionales, regionales pero también transdisciplinarios e incluso indisciplinarios, como estrategia de resistencia contrahegemónica a la violencia estructural y económica de que son víctimas millones de personas en el mundo y por supuesto en América Latina.

Postular por ejemplo, categorías explicativas para defender fenómenos como el activismo público y judicial y sus relaciones con los movimientos sociales, con el Estado y con la sociedad civil; documentar una provocadora propuesta sobre los alcances del empoderamiento de las sentencias judiciales y de las políticas públicas en algunos países, de parte de los movimientos sociales y de la sociedad civil de la mano de un juez o un funcionario público con posturas, al menos moderadas, en el enfoque e implementación de los DESC; describir con cuidado metódico y analítico algunas transformaciones sociales e institucionales de países y de sociedades que han vivido litigios estratégicos o políticas públicas en la defensa de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) así como en su implementación, representan solo algunos de estos esfuerzos en los cuales se puede observar los alcances y los aportes que estas tendencias academicistas le hacen a la sociedad en general.¹⁰

Se trata además de discusiones que se proponen desde un diálogo interdisciplinario con la historia, la sociología, la ciencia política y la filosofía y que establecen una relación mucho más descarnada entre el derecho y la realidad reconociendo el rol de los movimientos sociales latinoamericanistas, la crisis de los Estados – nación por a las exigencias del modelo económico actual, los efectos del colonialismo y la persistente lucha de clases, lo cual desborda muchas veces el texto legal.¹¹

¹⁰ Sobre esta documentación nos suscribimos a toda la producción bibliográfica de autores como Cesar Rodríguez y Rodrigo Uprimny a través de su centro de estudio Dejusticia. Entre algunos de estos textos emblemáticos para estos tópicos se encuentran: Pérez, L., Uprimny, R., Rodríguez, C. (2007) *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Dejusticia, Idep.; Arcidiácono, P., Espejo, N., Rodríguez, C. (2010). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina* Buenos Aires: Siglo del Hombre editores.

¹¹ A este punto puede revisarse: Estrada, J. (2006). Orden neoliberal y reformas estructurales en la década de 1990. *Revista Ciencia Política (1)*. Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Ciencia Política, 46- 57. Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, ILSA (2003) *Políticas agrarias para Colombia*. Bogotá: ILSA. Offe, C., (1988) *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Madrid: Sistema. Puga, M. (2012). *Litigio y Cambio Social en Argentina y Colombia*. Buenos Aires: CLACSO.

Por estas razones y porque seguimos creyendo en la formación de una conciencia de pensamiento crítico desde y para la academia jurídica colombiana, porque creemos además, que es deber de la misma, leer con responsabilidad a las nuevas racionalidades gubernamentales en América Latina, es que justificamos estas otras lecturas para el Derecho y para la Justicia.

Consideramos por tanto que sigue siendo pertinente y necesario en la transformación legal, un enfoque crítico que se ubica en la orilla del otro Derecho. Esto para aportar y para adentrarse en un debate con argumentos sobre las tensiones y los retos de los Estados latinoamericanos en la defensa y garantía de derechos para sus ciudadanos.

Lo anterior también, para aportar y enriquecer la discusión de si es posible pensar un derecho que se pueda proponer, para América Latina, bajo otra racionalidad. Estaríamos hablando, por supuesto, de otras racionalidades gubernamentales, dado los momentos históricos que enfrentan muchos países de los cuales se proponen la refundación de su Estado – nación. También nos encontraríamos frente a unas nuevas racionalidades que piensen en los sujetos excluidos por el constitucionalismo liberal, como por ejemplo el campesinado colombiano, de la Constitución Política de 1991 y que priorice en su agenda temas como la gobernabilidad, la reforma institucional y el desarrollo humano.

Este enfoque es pertinente en la medida que trata de profundizar en los debates de si estos constitucionalismos en transición de América Latina, constituyen una lucha antisistémica y contrahegemónica desde el Sur Global y si estos constitucionalismos representan la lucha desde el derecho por retomar políticas públicas redistributivas y proponen reformas estructurales del Estado.

Por eso, las reflexiones de este texto apenas abren una puerta a la inmensa gama de debates y futuras investigaciones que podrán gestarse en torno al rol del derecho y de los tribunales en la transformación social y en las reformas estructurales del Estado así como sobre la legitimidad y la utilidad del activismo judicial en estos temas, una pregunta inadmisibles para las escuelas jurídicas formalistas y conservaduristas cuyos parámetros no están enlistados para describir la creatividad institucional y especialmente judicial, bajo una postura romántica de tridivisión de

poderes, una delimitación en la teoría de las fuentes y una ciega fe en los órganos de elección directa para asumir retos en injusticias socioeconómicas.

Pero nosotros consideramos, junto con esta línea de autores jurídicos críticos, que las injusticias socioeconómicas también deben llevarse a juicio, pues se trata de derechos, los cuales inciden en:

los millones de habitantes de barrios de invasión, los miembros de minorías étnicas y raciales, los niños malnutridos, las víctimas de la discriminación de género y de la violencia sexual, los refugiados, los desempleados crónicos, las legiones de trabajadores de la economía informal, los emigrantes sin derechos y las personas sin acceso a educación, salud o alcantarillado de calidad. (Rodríguez, 2015, p. 24)

Aunado a “la desigualdad entre Sur y Norte Globales y a los efectos desiguales del cambio climático” (Rodríguez, 2015, p. 24), todas estas poblaciones se constituyen en víctimas de la exclusión radical que teóricos en este tema insisten, deben llevarse a juicio como formas emblemáticas de innovación constitucional en el Sur Global en donde los jueces establecen una relación dialógica con los movimientos sociales y con la sociedad civil para materializar derechos. La idea es que “el tribunal medie entre desigualdad y dominación o exclusión radical, que los tribunales aborden debates distributivos los cuales contribuyen para poner límites a los sistemas jurídicos y económicos”. (Rodríguez, 2015, p. 35) Estos nuevos constitucionalismo progresistas pueden representarse de manera más clara en decisiones judiciales estructurales que tocan violaciones sistemáticas y generalizadas a DESC, el juicio a la exclusión es entonces la lucha por la justicia social.

¿Qué tipo de advertencias teóricas establecen los autores del otro derecho respecto al sistema de justicia y de efectivización de derechos en América Latina a quienes referenciamos en este trabajo? Bien, es vasto y profundo el número de autores que podrían nutrir esta gran clasificación. También es amplio el análisis que ellos construyen respecto a este punto, pero nosotros hemos decidido, para efectos específicos de este trabajo, escoger tres grandes grupos de ellos que a saber se basan en a) posturas de la teoría crítica marxista, posmarxista y posestructuralista, b) corrientes defensoras de la justiciabilidad de los DESC, c) representantes de la teoría decolonial.

Podríamos decir para empezar, que una advertencia en la cual coinciden estos tres grupos de corrientes académicas es que el derecho moderno es claramente un derecho camuflado, escondido tras la propuesta de la neutralidad, la igualdad y la universalidad de derechos para todos. Un derecho que sigue siendo muy arbitrario en el sentido que le otorga a la norma jurídica y que miente en temas como la validez de la norma jurídica, el consentimiento y la voluntad general y el bien común.

Esto porque se sirve para continuar ocultando la clásica fórmula donde los intereses de una porción muy pequeña de la sociedad se protegen por encima de los derechos de todo el resto. Pareciera que el alcance de derechos, la universalidad y la aspiración de un derecho para la totalidad de la población, se diluye cuando este se presta para servir a estados neoliberales represivos, que solo saben incrementar la vigilancia y continuar promoviendo la guerra. Conforme lo dice uno de los autores que referenciaremos a continuación: “El Derecho moderno solo conoce dos dioses: el de las mercancías y el de las ametralladoras”. (Moncayo, 2016, p.95).

Es así que la creatividad de los constitucionalismos latinoamericanos debe ser reconocida en su justa proporción, pues adelanta sus causas de la mano del “peligroso” derecho moderno. Con todo se trata de un constitucionalismo vivo, cambiante y dinámico, que defiende el pluralismo jurídico, que transforma la justicia liberal en una búsqueda hacia el buen vivir y que trata de anteponer la vida y el bien común al derecho y al Estado.

Y es un constitucionalismo que piensa en temas como: La estructura del Estado y la tridivisión de poderes; la participación y el poder ciudadano; los mecanismos de participación democráticos y no liberales; la incorporación innovadora de los derechos Económicos Sociales y Culturales como fundamentales y su efectivización a través de políticas públicas creativas y novedosas.

Debe reconocerse, en su justa medida además, que se trata de un constitucionalismo chocante, instigador y molesto para la lógica liberal de las constituciones burguesas, que se busca a sí mismo y que apuesta a la innovación social, política y económica lo cual implica si bien no un remplazo, sí un dulce desplazamiento para la ideología jurídica neoliberal imponente, violenta y desgastada.

2. Antecedentes de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos

La idea originaria del constitucionalismo naciente consistía en poner un límite al poder mientras que este edificaba unas bases sólidas para soportar el modelo de estado y de derecho moderno. Estos discursos constitucionales se gestan en el marco de dos conocidas ya revoluciones que emblemizan el nacimiento del derecho de la modernidad. Estas son la revolución francesa y la norteamericana las cuales aspiraban a consolidar justamente estos principios: libertad basada en un límite al poder y nacimiento de un nuevo derecho de todos y para todos.

Sin embargo el constitucionalismo latinoamericano originario tiene contenidos aspiracionistas de libertad sobre sus flagelos propios. El más importante: el sometimiento social, económico y político al imperio, si se quiere, al sistema imperial. Es por eso que Roberto Gargarella indica que el interrogante que se trataba de responder desde el constitucionalismo latinoamericano republicano era justamente cómo lograr esta suerte de independencia (Gargarella, 2005).

Ya en otros contextos y para otros tiempos, empezando el siglo XX en Alemania y también bajo las banderas libertarias de la revolución mexicana, nacerá el llamado constitucionalismo social¹². Conforme se encuentra documentado por Gargarella (2009), este constitucionalismo además de retomar muchos principios axiológicos del constitucionalismo liberal y del republicano, empieza a preguntarse sobre cómo constitucionalizar una suerte de derechos sociales provenientes de las demandas marxistas que denuncian la relación entre explotación y derechos y que exigen un modelo estatal que intervenga en las injusticias que causa el modelo económico del cual es cómplice. Aparecen en este contexto, al menos sobre el papel, derechos sociales a los cuales nunca antes se les había otorgado una categoría de justiciabilidad (Gargarella, 2009).

Pero solo será luego de la segunda guerra mundial que nacerá lo que autores como Miguel

¹² Ver: García, J. (1997). *El constitucionalismo social y la constitución mexicana de 1917. Un texto modelo y precursor*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3447/5.pdf>. Arango, R., (2003). *El constitucionalismo Social Latinoamericano. Rodolfo Arango*. Recuperado de: <http://www.rodolfoarango.com/wp-content/uploads/2013/12/Constitucionalismo-social-latinoamericano.pdf>

Carbonell y Ricardo Guastini llaman el neoconstitucionalismo¹³. Lo anterior para países de la Europa occidental como España, Italia, Portugal y Alemania. Uno de los principales conceptos que defienden estas corrientes bajo luchas que se libran por el sentido de la norma jurídica es la “la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser ésta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos” (Carbonell, 2005, p. 9). Como puede verse bajo las tensiones sobre la estructuración de principios como unidades con sentido normativo y por tanto ajusticiables, aparecen las cortes constitucionales y asumen un protagonismo inusitado al interior de las instituciones del sistema jurídico.

Pero el constitucionalismo latinoamericano tiene unas connotaciones nuevas que desbordan la ampliación de derechos justiciables, la apertura de sentido al texto constitucional y el papel de los jueces constitucionales, lo cual ya es una transformación de profundas envergaduras para el derecho moderno. Estas connotaciones se encuentran nutridas de una serie de demandas gestadas bajo las lógicas y los valores de los movimientos sociales y bajo una postura contrahegemónica que encuentra sus raíces en el pensamiento originario especialmente indígena y que propone también una resistencia contracultural importante y altamente innovadora.¹⁴

Algunos de los profesores que han tratado de cartografiar estos temas son los españoles Roberto Viciano y Rubén Martínez, quienes consideran que a este renacer constitucional en América Latina puede caracterizarse por un cambio de referentes, dado la aparición de nuevas fuerzas políticas y la apuesta por un modelo constitucional que ha implicado importantes

¹³ A este respecto, revisar: Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 53 -67). Madrid: Trotta; Guastini, R. (2009). (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En: Carbonell, M., *Neonconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta.

¹⁴ Sobre el tema, autores como Rodrigo Uprimny, Cesar Baldi, Raquel Yrigoyen, han documentado estos aportes constitucionales latinoamericanos como un constitucionalismo multicultural, constitucionalismo pluricultural y constitucionalismo intercultural. Baldi, C. (2013). Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*.(9), 51-60. Yrigoyen, R. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En: Beraondo M. (2006), Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 540; Grigoyen, R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En: Rodríguez C. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 145). México: Siglo XXI, 2011.

rupturas con los patrones del constitucionalismo liberal.¹⁵ Aspectos semejantes han sido tratados por autores como Albert Noguera, Marcos Criado, quienes consideran que el referente fundamental para esta transformación está en una teoría democrática radical. Para todo este grupo de autores, pueden calzar en estas mismas caracterizaciones constituciones como la colombiana de 1991, la venezolana del 1999, la carta ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009.

Sin embargo, esta no es la única forma de entender el fenómeno de los constitucionalismos latinoamericanos. Autores como Alberto Acosta (2010) consideran como una verdadera innovación el traslado del antropocentrismo constitucionalista clásico a uno biocéntrico el cual se opone a los modelos neoliberales especialmente extractivistas de donde se desprenden, por primera vez, derechos para la naturaleza sin que para su protección sea necesario que medie la afectación de algún derecho propio de los seres humanos. Se trataría de una titularización de derechos para los elementos de la naturaleza contenidos en estas nuevas cartas constitucionales, lo cual amerita una profunda discusión que analice otras variables tales como las tensiones con las políticas públicas y las obligatorias inserciones en los mercados de extracción de parte de los estados en Latinoamérica (Acosta, 2010).

En este mismo sentido y para terminar este panorama no podemos olvidar las críticas que provienen de autores como Daniel Sandoval (2015), quien considera que dichas constituciones son altamente contradictorias con las políticas públicas y las prácticas de los modelos de estados, lo cual pareciera terminar enfrentándolas con los movimientos sociales.

Entre las críticas que este trabajo abordará con mayor cuidado se encuentra la formulada, por supuesto, por Roberto Gargarella (2013) quien argumenta un cambio constitucional apenas nominal donde las axiologías en torno a algunos valores constitucionales se presentan creativas y transformadoras pero la parte orgánica sigue intacta y por tanto, Gargarella considera que se trataría de una continuidad institucional bajo un velo de novedad dogmática que fundamenta ideológicamente el nacimiento de hiperpresidencialismos en los estados nación

¹⁵ En otras palabras, un desarrollo profundo, como diría Noguera, de “soberanías intensas”. Ver al respecto: Noguera, A. & Criado, M. (2011). La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. p.p. 17-23.

latinoamericanos.

3. Los Derechos Sociales en América Latina

Los derechos sociales y culturales son un fenómeno que, para el caso de América Latina, puede observarse a través de dos esferas jurídico – políticas especialmente: Las políticas públicas y las decisiones judiciales.

Su discurso floreció con la consolidación de instrumentos internacionales que empezaron a ejercer una importante presión sobre órganos de supervisión de orden universal y también regional, los cuales exigían de los Estados, indicadores precisos respecto del cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Un ejemplo de ello es el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que recibe informes periódicos de los Estados en virtud del Protocolo de San Salvador.

Pero el nacimiento de las luchas por sus reivindicaciones, bajo un lente más político, se asocia con los “bloques institucionales” (Rodríguez, 2015) que impiden su realización en el seno de sociedades con una crisis burocrática aunada a una demanda social de emergencia debido a desigualdades estructurales, al interior de las cuales, las víctimas las constituyen grandes poblaciones excluidas por razones económicas, sociales, culturales o políticas. Los países de América Latina, son un laboratorio perfecto de este bloqueo que busca nuevos caminos para resolver las demandas de sus poblaciones desde una transformación política de las instituciones a su servicio. Entonces la defensa de los DESC, tanto en los estrados judiciales como en las innovaciones importantes de sus políticas públicas, vuelve a poner en el debate político y judicial a la injusticia que resulta del modelo económico y de la exclusión estructural como las violencias a combatir en nuestro tiempo.

Por esta razón, conforme lo manifiesta en varios de sus trabajos Cesar Rodríguez, las manifestaciones de activismo judicial en defensa de los DESC, se origina justamente en un estado de recurrente bloqueo institucional de modo que algunas instancias como la judicatura, aun cuando esta no sea la instancia idónea para efectivizar el cumplimiento a las demandas sociales, asume el reto de sacudir el estancamiento de la burocracia ejecutiva y atacar prácticas antidemocráticas de los Estados.

Para países como Colombia, el discurso de los derechos sociales emerge en momentos posteriores a la expedición de la Constitución de 1991, cuando el activismo judicial mantenía un ambiente ideal que contemplaba contextos antinómicos que exigían una urgente reivindicación de derechos.

Creo que el constituyente de 1991 hizo un diagnóstico judicial de lo que ocurría en Colombia: una especie de estado de naturaleza. El diagnóstico fue acertado y la propuesta también: conformar una sociedad más democrática, que pase de lo meramente representativo a formas participativas o directas, con una tabla de derechos mucho más convincente que la anterior y donde se articulen derechos desconocidos en la historia del constitucionalismo colombiano: los económicos, sociales y culturales. (Gaviria, 2010, p.73)

Ya en países como Ecuador y Bolivia, el discurso de los derechos sociales aparece en los nuevos articulados que los contemplan y los incluyen sus recientes cartas de 2008 y 2009 respectivamente.

Con todo, el discurso de los derechos sociales para América Latina se ha constituido en una vía político filosófica y también jurídico procesal para garantizar bienestar material en relación con unas visiones más amplias y de mayor alcance en torno al concepto de dignidad humana y así mismo, en un instrumento para afrontar los problemas estructurales asociados con la desigualdad y con la pobreza de grandes masas poblacionales en todo el continente.

Asimismo y conforme este discurso ha abierto muchas posibilidades para acceder a la justiciabilidad de un modelo social y económico estructuralmente inequitativo y violento, la bibliografía y los estudios sociales, filosóficos y jurídicos en torno a este tema son vastos y diversos, lo cual enriquece las posibilidades de análisis pero también merece un seguimiento cuidadoso y profundo especialmente en los aportes que todas estas líneas hacen para el ejercicio de un derecho que se embarque en nuevos retos tanto desde las políticas públicas como del activismo judicial.

Para efectos de nuestro tema de estudio es decir, de su relación con el constitucionalismo latinoamericano, y la incorporación de los DESC con mecanismos adjuntos de exigibilidad legal adicionados a los estándares internacionales, enfocamos su estudio desde los escenarios

nacionales y de los internacionales como son, por ejemplo, la difusión de los estándares contenidos en tratados como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales de la ONU, el Protocolo de la Convención Americana en materia de DESC y también en las recomendaciones sobre derechos específicos expedidos por organismos como el Consejo de DESC de la ONU.

Nos adscribimos a los pronunciamientos nacionales e internacionales que mantienen la tendencia de presentar a los DESC como disposiciones igualmente jurídicas, las cuales pueden ser exigidas a los Estados mediante acciones legales. Así por ejemplo, desde América Latina se ha aportado para fortalecer esta tendencia con la emisión de sentencias frente a derechos como la educación, la salud o la vivienda (tribunales de Colombia, Argentina, Brasil)

Sin embargo, los caminos judiciales no pueden y, de hecho, no son los encargados de garantizar a los ciudadanos una condiciones materiales para el ejercicio de su vida digna, pues ellos no tienen acceso los instrumentos del poder administrativo y presupuestal para adelantar las políticas pública necesarias que se materialicen el goce efectivo de estos derechos sociales.

Para Marshall (1949) el constitucionalismo le entrega al poder ejecutivo una labor protagónica y central con respecto a las gestiones que luego garanticen unas condiciones necesarias de vida digna para los todos los ciudadanos. Esto sin desconocer el rol del legislativo en función de políticas sociales adecuadas con la garantía de derechos para todos. Por eso este trabajo no puede desligar ni un momento las teorías jurídicas y judiciales con las políticas que asocian los conceptos de la exigibilidad de los derechos humanos y su relación con el derecho internacional y los principios constitucionales de cada país con otros importantes como los modelos y las tendencias políticas de estos Estados, sus posturas frente al modelo económico, y su disposición para implementar el discurso de los derechos en la práctica de las políticas gubernamentales.

Además, la propia naturaleza axiológica de los derechos sociales incluye dimensiones de reflexión que están más en la filosofía política que en las ciencias jurídicas. El respeto de niveles esenciales de los derechos, los nuevos alcances y paradigmas sobre la dignidad humana asociada con la autosatisfacción individual y con el proyecto de vida, la inequidad económica y social como una manifestación de la injusticia y de la omisión estatal, son algunos de los

conceptos que enriquecen la dogmática jurídica de los Derechos Sociales pero que nacen en las lides académicas que problematizan sobre los modelos políticos y no solo sobre la justiciabilidad aislada de un nuevo listado de derechos para los ciudadanos.

En este sentido la abundante bibliografía sobre aplicación de DESC en América Latina atraviesan aún hoy dos grandes tendencias analíticas a saber: La primera se trata de la discusión teórica sobre los nuevos escenarios y alcances del modelo de Estado democrático al servicio de una justiciabilidad de estos nuevos derechos. Lo anterior con el fin de efectivizar la lucha contra las desigualdades estructurales de tipo económico, político, social y cultural desde la teoría de las instituciones democráticas.¹⁶

En segundo lugar, con la intención de trasladar a un lenguaje jurídico – procesal la aplicación de los DESC, existe un importante número de trabajos que ahondan sobre la dogmática misma de estos derechos de manera general y también particular¹⁷ (por ejemplo el derecho a la salud, educación, alimentación, etc.).¹⁸ En esta línea de estudios, además, su teorización alcanza las discusiones respecto de los efectos provocados por la “revolución de los derechos” cuando se documenta el tratamiento a problemas sociales estructurales desde la defensa jurídica de los derechos sociales.

Desde esta última corriente, una serie de trabajos que analizan el litigio de los derechos humanos, construyen una crítica importante al esencialismo de los derechos y más bien proponen que su narrativa se acerque a un lenguaje político que sea ejercitable en la

¹⁶ Para profundizar en el tema ver: Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis - Uniandes & Gargarella, R. (2007) ¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Arango R. (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, (pp. 377-407), Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/ Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales.

¹⁷ Abramovich, V. & Pautassi, L. (eds.), (2009). *La revisión judicial de las políticas sociales: estudios de caso*. Buenos Aires: Editores del Puerto; Bergallo, P. (2005) Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales (cels), La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos.

¹⁸ Abramovich, V. & Courtis, C. (2002). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta; Abramovich, V, Courtis, C. & María José Añón (comps.) (2003). *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México: Editorial Jurídica Contemporánea. Lanford, M. (2015). *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes.

transformación estructural de las instituciones públicas de los Estados. En esta tendencia se encuentran muchos aportes desde el Sur Global (Rodríguez, 2015) y en lo concerniente a nuestro trabajo de la creatividad institucional de América Latina.¹⁹

Es también importante tener en cuenta algunas realidades como la actual crisis socioeconómica de la frontera y con ello las limitaciones presupuestales de las entidades prestadores de servicios de salud, hace que se requiera por parte del Estado mecanismos eficaces que garanticen las transferencias de recursos necesarios para la atención de la población migrante en estado de vulnerabilidad. (Celemin, 2018)

Conclusiones preliminares

Las reflexiones sobre Constitucionalismo social y sus relaciones con el nuevo constitucionalismo latinoamericano, las preguntas pendientes sobre las innovaciones teóricas, conceptuales pero también políticas e institucionales de este nuevo constitucionalismo, además de sus relaciones con el giro decolonial y biocéntrico latinoamericanista, constituyen una discusión inacabada e implican y una permanente tensión que necesita ser documentada y pensada en las Facultades de Derecho de América Latina

La construcción de conceptos más ajustados a los paradigmas del nuevo constitucionalismo latinoamericano en torno a la dignidad humana, proyecto de vida o autorealización individual para ser aplicados, a través del activismo constitucional constituyen innovaciones teóricas para ampliar los alcances de derechos a través de una visión dogmática novedosa sobre la dignidad humana en el marco de la revolución de los derechos y de la justiciabilidad del modelo económico actual.

REFERENCIAS

Abramovich, V. & Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta;

¹⁹ Desde este horizonte, hay autores que conciben que Latinoamérica se pueda y deba convertir hoy en una oportunidad excepcional para superar y desterrar la máxima capitalista. “El capitalismo siempre ha tenido interés en hacer creer que crecimiento y desarrollo iban de la mano, y que cualquier incremento del bienestar humano sólo podía pasar por el crecimiento perpetuo de la cantidad de mercancías” (Anchustegui, 2013, p. 185). Ver: Anchustegui, E. (2013). *El tiempo de la filosofía política*. Lima: Grijley.

Abramovich, V, Courtis, C. & María José Añón (comps.) (2003). *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México: Editorial Jurídica Contemporánea.

Abramovich, V. & Pautassi, L. (eds.), (2009). *La revisión judicial de las políticas sociales: estudios de caso*. Buenos Aires: Editores del Puerto

Acosta, A. (2010). *El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi*. Quito: Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS.

Anchustegui, A. (2011). Debate en torno al multiculturalismo. Ciudadanía y pluralidad cultural. *Revista Iberoamericana de Filosofía Política y Humanidades* 13. (26), 28-35.

Anchustegui, E. (2012). Ciudadanía e integración: los derechos sociales y la globalización. *Revista Co-herencia* 9 (16), 34-45.

Anchustegui, E. (2013). *El tiempo de la filosofía política*. Lima: Grijley.

Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis – Uniandes.

Arango, R., (2003). *El constitucionalismo Social Latinoamericano*. Rodolfo Arango. Recuperado de: <http://www.rodolfoarango.com/wp-content/uploads/2013/12/Constitucionalismo-social-latinoamericano.pdf>

Arcidiácono, P., Espejo, N., Rodríguez, C. (2010). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina* Buenos Aires: Siglo del Hombre editores.

Baldi, C. (2013). Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*.(9), 51-60.

Bergallo, P. (2005) *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)

Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En: *La fuerza del derecho, Colección Nuevo Pensamiento Jurídico* Bogotá: Temis, Ediciones Uniandes

Carbonell, M. (2005). El nuevo tiempo para el Constitucionalismo. En: Carbonell, M.

Neoconstitucionalismo (s) (p.9 – 25), Madrid: Trotta,

Carbonell, M. (2007). El Neoconstitucionalismo en su Laberinto. En: Carbonell, M. *Teoría del Neoconstitucionalismo*, (pp. 9 – 10), Madrid: Trotta.

Cotterrell, R. (1991). *Introducción a la sociología del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.

Cotterrell, R. (1991). *Introducción a la sociología del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho

De Sousa, B. (2010). *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto internacional de Derecho y Sociedad. Programa: Democracia y transformación legal.

De Sousa, B. (2012). *Nuestra América: Hegemonía y Contrahegemonía en el siglo XXI*. Panamá: Editorial CELA.

Dorando Michelini. (2010). Dignidad humana en Kant y Habermas. *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas* 12, (1), 41-49.

Estrada, J. (2006). Orden neoliberal y reformas estructurales en la década de 1990. *Revista Ciencia Política* (1). Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Ciencia Política, 46- 57.

Estrada, J. (2006). Orden neoliberal y reformas estructurales en la década de 1990. En: *Ciencia Política*. (1), Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Ciencia Política.

García., J. (1997). *El constitucionalismo social y la constitución mexicana de 1917. Un texto modelo y precursor*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3447/5.pdf>

Gargarella, R. & Curtis, C. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago: CEPAL.

Gargarella, R. (2005). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Gargarella, R. (2007) ¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Arango R. (ed.), *Filosofía de la democracia*.

Fundamentos conceptuales, (pp. 377-407), Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/ Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales.

Gargarella, R. (2011). Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. En: Rodríguez C. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Gargarella, R. (2013), Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Anacronismo e Irrupción, Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*. 3 (4) 54 – 68.

Grigoyen, R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En: Rodríguez C. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 145). México: Siglo XXI, 2011.

Guastini, R. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en: En: Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo (s)* (p.9 – 25), Madrid: Trotta,

Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 53 -67). Madrid: Trotta;

Guastini, R. (2009). (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En: Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta.

Gudynas, E. (2009). La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*. (32), 34-42.

Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, ILSA. (2003). *Políticas agrarias para Colombia*. Bogotá: ILSA.

Lanford, M. (2015). *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes.

Lascarro-Castellar, C. (2017). Propuesta para una periodización de los estudios constitucionales post 91 en Colombia. *Revista Jurídicas*, 14 (1), 9-23. DOI: 10.17151/jurid.2017.14.1.2.

López, L.M. (2017). *Análisis de la crisis del hospital universitario Erasmo Meoz por la*

atención de la población venezolana frente al derecho irrenunciable a la seguridad social. Universidad de Nariño: *Revista Científica Codex*, 3(4). Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

Marshall, T. (1949). *Ciudadanía y clase social*. Conferencia dictada en Cambridge. Recuperado de: <http://catedras.fsoc.uba.ar/isuani/marshall.pdf>

Meraz, A. (2006). Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho de Esteban Krotz. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (23), 185-190.

Noguera, A. & Criado, M. (2011). La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. pp. 17-23.

Offe, C. (1988) *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Madrid: Sistema.

Pérez, L., Uprimny, R., Rodríguez, C. (2007) *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Dejusticia, Idep.

Prieto, L. (2005) “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en: Neoconstitucionalismo (s), edición de Miguel Carbonell (pp. 131-132), Madrid, Trotta, 2005.

Puga, Mariela (2012). *Litigio y Cambio Social en Argentina y Colombia*. Buenos Aires: CLACSO.

Rodríguez, C. & Rodríguez, D. (2015). *Activismo judicial dialógico. Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, Dejusticia.

Sandoval, D. (2015). El nuevo constitucionalismo en América Latina desde una perspectiva histórica-crítica del derecho. *Revista Alegatos* (90), 48 – 56.

Wolkmer, A. (2003). Introducción al pensamiento jurídico crítico. En: *Colección Enclave de Sur*, Bogotá: ILSA.

Yrigoyen, R. (2006). *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*. En: Beraondo M., Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 540