

**DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO Y PROTECCIÓN
DE LOS COLECTIVOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD
EN LAS CONSTITUCIONES
DE ECUADOR DE 2008 Y BOLIVIA DE 2009**

*ANTI-DISCRIMINATORY LAW AND PROTECTION
OF VULNERABLE GROUPS
IN THE CONSTITUTIONS OF ECUADOR OF 2008 AND BOLIVIA OF 2009*

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ
Universitat de València

Fecha de recepción: 29-3-17
Fecha de aceptación: 16-1-18

Resumen: *El sujeto político que protagonizó los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador no estaba conformado por un partido obrero clásico sino por la agregación de múltiples movimientos o luchas de grupos en situación de vulnerabilidad. Esta naturaleza del sujeto constituyente determinó que la forma de constitucionalismo social emergente no se basara, como el europeo, en la subjetivación del trabajo y reconocimiento de derechos vinculados al trabajo-salario, sino en la visibilización de los grupos sociales hasta ahora excluidos y en su inclusión a la ciudadanía. Ello explica que se traten de textos muy ricos en referencias y mecanismos para el reconocimiento y garantía de los derechos específicos de grupos desaventajados y/o minoritarios y de derecho antidiscriminatorio y donde estos derechos no adoptan la forma de derechos complementarios, como sucede en el constitucionalismo europeo, sino la forma de lo que llamaremos derechos constituyentes.*

Abstract: *The political subject that carried out the constituent processes of Bolivia and Ecuador was not conformed by a classic labor party but by the aggregation of multiple movements or struggles of groups in situation of vulnerability. This nature of the constituent subject determined that the form of emergent social constitutionalism was not based, like the European one, on the subjectivatioon of labor and recognition of rights linked to work-salary, but on the visibility*

of social groups excluded until now and their inclusion to the citizenship. This paper explains how these two constitutional texts are rich in references and mechanisms for the recognition and guarantee of the specific rights of disadvantaged or minority groups and anti-discrimination law and where these rights do not take the form of complementary rights, as happens in European constitutionalism, but rather the form of what we will call constituent rights.

Palabras clave: grupos en situación de vulnerabilidad, Bolivia, Ecuador, derechos humanos, derecho antidiscriminatorio

Keywords: groups in situation of vulnerability, Bolivia, Ecuador, Human rights, anti-discrimination law

1. EL SUJETO POLÍTICO, LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS GRUPOS DESAVENTAJADOS Y/O MINORITARIOS COMO DERECHOS CONSTITUYENTES

En todo proceso constituyente existe una relación o concordancia entre la naturaleza del sujeto constituyente que toma el poder estatal y el tipo de democracia o Constitución política emergente en el nuevo escenario constituyente.

Para todo sujeto colectivo transformador la toma del aparato estatal no es más que el medio para convertir aquellas formas de organización y acción política que consideran más eficaces para transformar, en formas de Estado y de Derecho. Teniendo en cuenta que los distintos tipos de sujetos constituyentes posibles: como partido o coalición de partidos políticos, como identificación del pueblo-masa con un líder o como agregación de luchas y movimientos sociales¹, discrepan acerca de la forma de organización y acción política más eficaz (formas más verticales o horizontales de toma de decisiones, más institucionales o autogestionarias de accionar político, etc.), podemos afirmar que en función de cuál de ellos tome el Estado, la organización de la democracia y operar político de ésta será también distinto.

El sujeto político constituyente durante los procesos de Bolivia de 2006-2009 y Ecuador 2007-2008, no se estructuró alrededor de un partido obrero clásico ni en el marco de sociedades cohesionadas, homogéneas y de pleno empleo, sino alrededor de la agregación de múltiples movimientos o luchas de grupos desaventajados y/o minoritarios en situación de vulnerabilidad (indígenas, mujeres, afros, trabajadores informales, campesinos, mineros,

¹ A. NOGUERA, *El sujeto constituyente. Entre lo viejo y lo nuevo*, Trotta, 2017, pp. 26-28.

movimientos urbanos, confederaciones de pensionistas, etc.) en el marco de sociedades con multi-fragmentación de formas de vida y trabajo. Ello ha determinado la naturaleza de las constituciones que han emergido de estos procesos y el papel que en su interior ejercen los derechos específicos de grupos desaventajados y/o minoritarios y el derecho antidiscriminatorio.

A diferencia del constitucionalismo europeo donde los derechos de los grupos en situación de desventaja y/o vulnerabilidad ocupan una posición de derechos complementarios, en el nuevo constitucionalismo latinoamericano ocupan una posición de derechos constituyentes.

La diferencia entre lo que denomino derechos constituyentes y derechos complementarios viene dada por el papel o función que cada derecho juega en el seno de una formación económico-social histórico-concreta.

Denomino derechos constituyentes a aquellos o aquel derecho “fundante” a partir del cual se ordena una sociedad históricamente determinada y la vida de los individuos que viven en ella, en tanto se vuelve la clave constitutiva e interpretativa fundamental de la organización social, política y económica. Estos son “derechos totalidad”. Se trata de derechos base alrededor de cuyo reconocimiento se construye y articula la totalidad interconectada de relaciones económico-sociales propias de la sociedad en cuestión. El derecho no solo regula lazos directos entre personas, sino que de él se desprende una regulación independiente que le sobrepasa y se constituye en criterio de ordenación de toda la sociedad. Dos de los principales ejemplos de este tipo de derechos son la propiedad en el siglo XIX² y el trabajo en el siglo XX³.

² Durante el Estado liberal temprano, el elemento que determinaba el acceso a todos los demás derechos era la propiedad. La legislación regulaba las relaciones individuales y atribuía a cada cual sus derechos en relación con la propiedad. La estructuración de los dos ámbitos del espacio público (Sociedad Política y Sociedad Civil) se hace en él alrededor del concepto de propiedad. La Sociedad Política era un espacio donde solo tenían sufragio activo y pasivo los individuos propietarios y la sociedad civil se concebía como aquel espacio donde los individuos propietarios desarrollaban su actividad mercantil.

³ Durante el s. XX el trabajo productivo se conformó en el constitucionalismo social europeo de postguerra en el componente fundamental que constituía y estructuraba la ciudadanía política y social. Constituciones como la de la República española de 1931 empieza su primer artículo señalando “España es una República democrática de trabajadores de toda clase”, o como la de la República italiana de 1947, establece también en el art. 1: “Italia es una República democrática fundada en el trabajo”. El trabajo era, en el Estado social, el elemento fundante y determinante de acceso a la ciudadanía y del sistema de relaciones políticas y económicas.

Por el contrario, denominaré derechos constitucionales simples o derechos complementarios, al resto de derechos. Estos son “derechos-fragmento” que regulan relaciones simples de la realidad social constituidas por las vinculaciones de individuos a individuos o entre una pluralidad de ellos. Se trata de derechos cuyo reconocimiento es valioso en tanto implica una ampliación de libertad, pero no afecta estructuralmente a la base del sistema. Su reconocimiento despeina al sistema arrancándole paulatinamente reformas que amplían la “tolerancia” hacia los nuevos sujetos sociales, pero no lo transforman de manera estructural. Dos ejemplos de derechos conformados durante las últimas décadas como derechos constitucionales son: el derecho al aborto o el reconocimiento o equiparación jurídica con las demás de las parejas de un mismo sexo.

En consecuencia, derechos constituyentes y derechos constitucionales se diferencian en función de su interrelación con y afectación sobre el sistema político, económico y cultural de una sociedad.⁴

Los procesos constituyentes ocurridos en los países europeos después de la segunda guerra mundial fueron realizados con una fuerte presencia de partidos obreros clásicos en el marco de sociedades de pleno empleo donde el único exponente de asalarización era el obrero-masa con familias nucleares heterosexuales con esquemas rígidos y estables de relación patriarcal entre el ámbito doméstico y profesional. Ello hizo que la organización y extensión de la participación y la representación, así como el reconocimiento y garantía de derechos y prestaciones sociales en el interior del Estado social, se hiciera en torno al trabajo-asalariado y sus organizaciones. Las constituciones del Estado social europeo de posguerra fueron modelos trabajo-centristas donde el trabajo se concebía como categoría única y central para entender la sociedad y como lugar de integración social.

El tránsito, en las décadas de los 70 y los 80, de sociedades fordistas de pleno empleo a nuevas sociedades post-fordistas con cada vez más gente en puestos de trabajo inseguro o sin trabajo, con múltiples y plurales formas de convivencia con altos grados de monoparentalidad, con un proceso de globalización que acelera el fenómeno migratorio, etc. implicó una fragmentación de los ejes de desigualdad y la visibilización de grupos en situación de

⁴ Sobre el concepto de derechos complementarios y derechos constituyentes, vid. A. NOGUERA y M. NAVAS, *Los nuevos derechos de participación ¿Derechos constituyentes o constitucionales? Estudio del modelo constitucional de Ecuador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 29-49.

vulnerabilidad que obligó a una reestructuración del modelo de protección social y al reconocimiento de derechos a estos grupos.

Sin embargo, la integración en el espacio de constitucionalidad de estos nuevos grupos, no se hace mediante la redacción de nuevas constituciones ni siquiera, de reformas constitucionales. Se hace por otras dos vías: en primer lugar, por una vía constitucional indirecta. Su integración y la prohibición de su discriminación en el constitucionalismo social europeo no se llevó a cabo mediante una mención explícita de los distintos tipos de grupos en el texto constitucional y el desarrollo de sus derechos específicos, sino por vía de la cláusula general de igualdad que estaba presente en todas las constituciones, la cual actúa como de plataforma de acceso, de asimilación, de los miembros de los grupos en situación de vulnerabilidad a los espacios, derechos y roles de "normalidad". Y, en segundo lugar, por la vía legislativa, jurisprudencial y política.

Por eso defino los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad en el constitucionalismo europeo, como derechos complementarios, porque al margen de su grado de eficacia, actúan como derechos que complementan y corrigen el modelo trabajo-centrista imperante en las Constituciones de posguerra todavía vigentes.

A diferencia de los procesos europeos de posguerra, el sujeto político constituyente en Bolivia y Ecuador no se estructuró alrededor de un partido obrero clásico o coalición de partidos sino alrededor de la agregación de múltiples movimientos o luchas de grupos en situación de vulnerabilidad. Esta naturaleza del sujeto de unidad popular determinó que la forma de constitucionalismo social emergente fuera totalmente distinta al modelo europeo. En concreto, determinó tres aspectos:

- A) La invisibilización jurídica de estos grupos durante décadas determinó su voluntad de visibilización explícita en el texto constitucional, lo que se expresa en el establecimiento de secciones propias de cada uno de los grupos y sus derechos en el interior de la Constitución.
- B) La desconfianza hacia las estructuras de Estado y un Poder judicial que durante décadas los había oprimido actuando al servicio de los poderosos, determinó la fijación constitucional de garantías de acceso y protección judicial, así como de criterios de interpretación jurisdiccional en favor de los grupos en situación de vulnerabilidad y/o desventaja.

- C) La invisibilización política de estos grupos durante años, determinó su voluntad de asegurar espacios para su representación política que se expresa, por un lado, en la fijación de cuotas de presencia de estos grupos en los órganos de Estado y, por otro lado, en una transformación de las estructuras tradicionales de participación y relación Estado-Sociedad.

En resumen, podemos decir que el hecho de que el constitucionalismo social propio de la Constitución boliviana de 2009 o ecuatoriana de 2008 no sea la integración dentro del texto constitucional de la contradicción Capital-Trabajo asalariado mediante la subjetivación del Trabajo y reconocimiento de derechos vinculados al trabajo-salario, sino la integración del conflicto oligarquías-grupos en situación de vulnerabilidad hasta ahora excluidos de la ciudadanía, hace que los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad no sean derechos complementarios sino que constituyen el centro axiológico de la Constitución, determinando la propia naturaleza de la Constitución y convirtiéndose en derechos constituyentes.

Nos detendremos, en los próximos puntos, en cada uno de los tres aspectos señalados.

2. LA VISIBILIZACIÓN JURÍDICA DE LOS GRUPOS DESAVENTAJADOS Y/O MINORITARIOS EN LA CONSTITUCIÓN: LA DISCUSIÓN ENTRE CLÁUSULA GENERAL DE IGUALDAD O MENCIÓN EXPLÍCITA DE LOS GRUPOS

Una de las discusiones clásicas en el ámbito del derecho antidiscriminatorio es la de si el reconocimiento, incorporación y protección constitucional de los grupos citados debe hacerse mediante el simple reconocimiento de una cláusula general de igualdad y de prohibición de discriminación o, si por el contrario, es mejor una mención explícita en el texto constitucional de todos y cada uno de los distintos tipos de grupos y el desarrollo de sus derechos específicos.

Por un lado, los defensores de la primera opción señalan que la explicitación de determinados grupos como vulnerables y el reconocimiento específico de derechos, puede tener como consecuencia la invisibilización de otros grupos no expresamente contemplados y que también son vulnerables. Por esa razón, una cláusula de igualdad, que contemple en forma genérica ciertas “categorías sospechosas”, junto con una definición de qué se considera

un grupo o persona vulnerable, puede resultar más garantista que una enumeración que siempre puede quedar corta.

La simple enunciación de una cláusula general de igualdad y prohibición de la discriminación sería suficiente para que los jueces pudieran llevar a cabo su función protectora de los grupos desaventajados y/o vulnerables. Los defensores de esta posición parten de una creencia en la natural inclinación de los jueces, en tanto órgano contramayoritario, hacia la protección de los grupos desaventajados y/o minoritarios.

Se trata de una creencia popularizada a partir de la afirmación de Hamilton en el *Federalista* no. 78, donde estableció: “los jueces no tienen la fuerza ni la voluntad (como los poderes Ejecutivo y Legislativo) sino simplemente su juicio”⁵. Ya en nuestros tiempos, John Rawls también afirmó que las cortes son “la única rama del gobierno que son una criatura de la razón, y sólo de la razón”⁶. También Owen Fiss ha declarado su “fe en la razón” de los jueces que, según él quedó confirmada, por ejemplo, en casos como “*Brown v. Board of Education*”⁷. Tal naturaleza o sensibilidad de los jueces hacia la protección de los débiles jurídicamente haría que la activación de la protección de estos grupos se realizaría a partir de la interpretación judicial. En concreto, a partir de la teoría del refuerzo a la representación.

La doctrina constitucional actual diferencia entre seis teorías de interpretación judicial de las leyes: el originalismo⁸, la lectura moral⁹, el textualis-

⁵ Citado por R. GARGARELLA, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Adhoc, Buenos Aires, 2005, p. 181.

⁶ J. RAWLS, *Political liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p. 235.

⁷ O. FISS, “A community of equals. The constitutional protection of new Americans”, en J. Cohen y J. Rogers (eds.), *The New Inequality: Creating Solutions for Poor America*, Beacon Press, Boston, 1999, p. 99.

⁸ El originalismo surge en Estados Unidos y sostiene que lo único que ha de regir la interpretación de la Constitución es la voluntad o intención de los constituyentes (*Original Intent*). Los principales representantes del originalismo fueron, en los años setenta y ochenta, William Rehnquist (“Political Battles For Judicial Independence”. *Washington Law Review*. Vol. 50. 1975. p. 835), Edwin Meese (“Construing the Constitution”. *U.C. Davis Law Review*. Vol. 19. 1985. p. 22), Raoul Berger (*Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*. Harvard University Press. Cambridge Mass. 1977; y, *Death Penalties*. Harvard University Press. Cambridge Mass. 1982), y Robert Bork (“Neutral Principles an some First Amendment. Problems”. *Indiana Law Journal*. Vol. 47. 1971. p.1). (Sobre ello, ver: M. Beltrán, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Cívitas, Madrid, 1989, pp. 52-54).

⁹ Esa estrategia exhorta a que los jueces a que se aparten de las intenciones “originales”, y que lean la Constitución como un documento que fija los principios morales funda-

mo¹⁰, el minimalismo judicial¹¹, la teoría del refuerzo a la representación y la teoría deliberativa de la democracia¹².

La teoría del refuerzo a la representación tiene sus orígenes en la nota a pie de página no. 4 del caso *United States v. Carolene Products*¹³ del año 1938

mentales de justicia en una sociedad determinada. El máximo representante de esta corriente es: R. DWORKIN, "La lectura moral y la premisa mayoritarista", en HONGJU, SLYE, y KOH (compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.

¹⁰ La corriente textualista sostiene que sólo el texto de la constitución y de las leyes debe servir como fuente de interpretación. El máximo exponente del textualismo es Antonin Scalia, juez de la Suprema Corte de EEUU, en su obra *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press. New Jersey. 1997). (Sobre ello, vid. S. LINARES, *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Civitas, Madrid, 2008, pp.110-111).

¹¹ Esta una teoría de la argumentación judicial desarrollada por Cass Sunstein. La teoría de Sustain se ubica en un punto intermedio entre el originalismo y el textualismo. El elemento central a partir del cual el juez debe interpretar la Constitución es, según esta concepción, el razonamiento analógico (C. SUSTEIN, "Political Conflict and Legal Agreement", en *The Tanner Lectures on Human Values*, November 29, Harvard University Press, 1995). (Sobre ello, vid. S. LINARES, "Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes", *Isonomía*, No. 28, 2008, p. 162-163).

¹² Sobre esta, vid. C. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1996; y, R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno, Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

¹³ Este caso se originó debido al decomiso de una carga de leche adulterada que transportaba un camión de esta empresa. Sin embargo, la importancia constitucional del fallo no está en el cuerpo de la sentencia sino en la inclusión de una nota a pie de página en la cual se estableció que la revisión judicial de las leyes se hace respecto de su razonabilidad y, para el tema que nos interesa, en representación de las minorías discretas o insulares que no fueron consideradas cuando se sancionó la ley (Vid. B. ACKERMAN, "Más allá de *Carolene Products*", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, No. 08, 2009, pp. 125-156). En la nota a pie de página, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que estas minorías tenían como rasgo fundamental el hecho de que se encontraban desprotegidas en el proceso político de una democracia, es decir, que eran grupos que carecían de la posibilidad de influir en las decisiones políticas del Estado como consecuencia de un defecto estructural de los sistemas políticos mayoritarios. Además, tal como han señalado autores como X.L. ROMERO PÉREZ ("Minorías marginadas, ocultas o invisibles", *Revista de Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, No. 26, 2011) de la aproximación que hace la Corte Suprema, podría concluirse que las minorías discretas e insulares son grupos minoritarios que no están determinados previamente sino que deben identificarse en un contexto específico debido a que es probable que algunos de estos grupos logren una inclusión social mientras otros continúan con la exclusión o que, simplemente, aparezcan nuevos grupos que se ubiquen en esa situación.

Estas consideraciones realizadas al margen del caso *Carolene Products* fueron el fundamento jurídico a partir del cual los jueces estadounidenses comenzaron a graduar el examen que debían realizar al evaluar la constitucionalidad de una medida que se tachaba como dis-

en el Tribunal Supremo estadounidense, en el que los jueces utilizaron, por primera vez, la expresión “minorías discretas e insulares”.

Uno de los máximos representantes de esta corriente es John H. Ely quien defiende que la revisión judicial debe actuar, entre otras funciones, como un mecanismo destinado a fortalecer la representación y garantizar los intereses de lo que llama minorías “discretas y aisladas”, entendiendo a éstas como grupos étnicos, religiosos, lingüísticos o culturales que no comparten espacios de convivencia con los demás grupos, no tienen intereses compartidos ni cuentan con representantes políticos para defender sus intereses¹⁴. En la protección de estos grupos, los jueces deben desconfiar de las leyes y de las intenciones del legislador caracterizadas por el empleo de categorías diferenciadoras aparentemente imparciales que tienen el propósito encubierto de perjudicar a esta clase de minorías¹⁵.

Para otros autores el concepto de minorías discretas y aisladas queda limitado ya que no es capaz de incluir y proteger a muchos otros grupos políticamente vulnerables y discriminados como discapacitados, homosexuales, travestis o transexuales, ni tampoco permite ampliar el uso de la revisión judicial para la protección de las mayorías vulnerables.

Bruce Ackerman ha defendido la idea de que son las minorías, o en algunos casos mayorías, “anónimas y difusas” las que tienen mayores dificultades para proteger sus intereses en el proceso político¹⁶ puesto que mientras los miembros de minorías insulares están concentrados en zonas determina-

criminatoria, lo que hoy día se conoce como el test de igualdad. En la nota a pie de página se establecieron tres situaciones en las cuales el control de constitucionalidad de las leyes debía ser más estricto: 1. cuando se legisla algo que está específicamente prohibido por la ley; 2. cuando se restringen los procesos políticos y 3. cuando las leyes están dirigidas a minorías discretas e insulares. Con fundamento en esta última consideración, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha dirigido su protección judicial, en especial, frente a cinco grupos minoritarios: en razón de la raza (*Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967)), origen nacional (*Oyama v. California*, 332 U. S. 633 (1948)), extranjería (*Graham v. Richardson*, 403 U. S. 365 (1971)), tendencia sexual (*Craig v. Boren*, 429 U. S. 190 (1976)) y filiación no matrimonial (*Trimble v. Gordon*, 430 U. S. 762 (1977)) (Sobre estos ejemplos, vid. K. YOSHINO, “El closet judicial y el altar legislativo”, en Alegre, Marcelo y otros, *Derecho y Sexualidades*, SELA y Librería, Buenos Aires, 2010).

¹⁴ J. H. ELY, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980, p. 82.

¹⁵ X.L. ROMERO PÉREZ, “Minorías marginadas, ocultas o invisibles”, cit.

¹⁶ B. ACKERMAN, “Beyond Carolene Products”, *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985, p. 713.

das que les permite crear un sentimiento de solidaridad que hace más viable la organización dentro de la minoría, fortaleciendo el grupo en los procesos electorales y defensa de sus intereses, ello no se da en el caso de las minorías o mayorías “anónimas y difusas”.

Por el otro lado, los defensores de la segunda posición, esto es de la mención explícita en el texto constitucional de todos y cada uno de los distintos tipos de grupos y el desarrollo de sus derechos específicos, señalan que sin perjuicio de que existan jueces preocupados por la protección de los derechos de los más débiles, la experiencia histórica hace difícil defender, de manera general, esta idea de existencia de una tendencia natural de los jueces a defender los derechos de los grupos desfavorecidos.

En este sentido y sin minusvalorar aquellos jueces comprometidos con esta tarea, la práctica jurisprudencial a favor de una mejora de las condiciones de los grupos minoritarios es aun limitada. La manera de solventar esta deficiencia es dejar de hacer recaer la protección de los grupos desaventajados y/o minoritarios en la simple buena voluntad de los jueces, pensando que estos van a proteger a tales grupos por el mero hecho de que la constitución se lo exige, y establecer mecanismos que favorezcan tal protección jurisdiccional.

A pesar de su fe en la razón de los jueces, Owen Fiss o John Hart Ely señalaron la necesidad de introducir mecanismos que determinaran el diseño de una estructura institucional que favorezca estos resultados¹⁷, aunque no hacen ninguna propuesta concreta en este sentido. Por su lado, Roberto Gargarella, había establecido que la potenciación del rol activo de los jueces en la protección de grupos desaventajados y/o minoritarios no es tanto un problema institucional como un “problema motivacional”, esto es, acerca de que incentivos son necesarios para que los jueces se comporten del modo en que queremos que lo hagan. Las propuestas que formula en este sentido son diversas¹⁸.

En este mismo sentido, autores como C. Aponte han señalado que el reconocimiento constitucional explícito de los derechos particulares de grupos

¹⁷ O. FISS, “Groups and the equal protection clause”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, núm. 2, 1975, p. 154; J. H. ELY, *Democracy and distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.

¹⁸ Una de estas propuestas es la incorporación por cuota dentro de los altos tribunales de miembros de algunos de los principales grupos en situación de vulnerabilidad (R. GARGARELLA, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 170).

vulnerables genera mayores oportunidades para que estos derechos sean objeto de atención pública, de procesos de planificación estatal o de formulación de políticas y leyes¹⁹. Su mención y reconocimiento explícito en el texto constitucional permite visibilizar el grupo social en cuestión, pasando de la categoría de lo que Kenji Yoshino llama “abyecto político” a la de “sujeto político”, entendiendo por abyecto político a un grupo tan privado de su humanidad fundamental que no puede participar en el discurso cívico y por sujeto político a un grupo que a pesar de ser impopular o estar en el bando perdedor en la mayor parte de los debates hace parte del proceso democrático²⁰.

El reconocimiento explícito del grupo tendría, en consecuencia, una función garantista. El grado de determinación o indeterminación constitucional a este respecto condicionará la libertad valorativa del legislador y los jueces constitucionales, a la hora de considerar o no relevantes las diferencias y en su virtud especificar el régimen jurídico aplicable. Concretamente, la mención explícita de los grupos y sus derechos sirve para solventar uno de los problemas principales no resueltos ni cerrados del derecho antidiscriminatorio tradicional, que es la dificultad de identificación de la categoría grupo en situación de vulnerabilidad²¹.

Los ordenamientos jurídicos liberales tradicionales no favorecen la identificación de la categoría grupo en situación de vulnerabilidad. A pesar de reconocer la cláusula antidiscriminatoria genérica, estos ordenamientos están atravesados por una cultura jurídica impregnada de categorías jurídicas individuales, donde existe un modelo de igualdad individualizado, escasamente preparado para implementar un concepto de igualdad basada en grupos (*group-based*) y hacer frente a aspectos estructurales de discriminación

¹⁹ C. Aponte, refiriéndose a la Constitución venezolana de 1999, señaló que la ampliación del articulado de derechos sociales en la Constitución “no es en sí misma buena o mala, pero puede considerarse que, en el caso de la explicitación de los derechos particulares de los grupos vulnerables, se ha generado un avance representado por las mayores oportunidades para que esos derechos sean objeto de atención pública, de procesos de planificación estatal o de formulación de políticas y leyes” (C. APONTE, “Los derechos sociales y la Constitución de 1999: ¿nuevas garantías o espejismos?”, en T. MAINGON (ed.), *La cuestión social en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, CENDES, Caracas, 2000, p. 119). En igual sentido, Vid. F. PALACIOS, “La ruptura constitucional del Estado precario: los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo iberoamericano. La especificidad del modelo venezolano”, *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, Fundación CEPS, núm. 14, 2006, p. 105.

²⁰ K. YOSHINO, “El closet judicial y el altar legislativo”, cit.

²¹ Sobre esta dificultad, Vid. M. J. AÑON, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, núm. 39, 2013.

más complejos, como es el caso de la discriminación interseccional. Por ello, el concepto de discriminación utilizado en los textos legislativos y jurisprudenciales supone que la discriminación es un conflicto entre individuos concretos y tiende a convertir el problema en una cuestión intersubjetiva.

Por tanto, en los ordenamientos jurídicos liberales tradicionales, la identificación de grupo en situación de vulnerabilidad no deriva de la subsunción del caso en la norma (como pasa cuando estos grupos están reconocidos explícitamente en la Constitución), sino que es el legislador o el juez los que mediante su interpretación deben construir la idea de que aquella persona forma parte de un grupo en situación de vulnerabilidad y para ello deben proceder a intentar identificar si existe una historia de discriminación colectiva basada en alguno de los criterios prohibidos respecto a un derecho particular que afecta al caso que examinan. El legislador o el juez deben averiguar si el grupo ha sido excluido del acceso o del ejercicio de uno o varios derechos en el pasado, o si existe relación entre la regulación actual de un derecho o prestación y las normas o prácticas discriminatorias del pasado, etc.

En resumen, los ordenamientos jurídicos liberales tradicionales muestran muchas veces dificultades para identificar correctamente las categorías específicas relativas a quiénes son discriminados.

En cambio, la enumeración explícita en el texto constitucional de los grupos desaventajados y/o minoritarios soluciona en gran parte este problema de identificación, superando el modelo de igualdad estrictamente individualizante. Ello a la vez, proporciona niveles de protección jurídica mucho más elevada a estos grupos en tanto que se establecen estándares de revisión mucho más estrictos.

La enumeración explícita de una categoría como grupo en situación de vulnerabilidad en el texto constitucional implica la aceptación *a priori* de que existe una situación no de diferencia sino de discriminación estructural hacia éste y ello obliga a que deban existir razones de una relevancia especial para justificar distinciones basadas en ciertos motivos, clases o categorías. El reconocimiento constitucional diferenciado del grupo en cuestión, como grupo de especial protección, lleva a la existencia de una presunción de ilegitimidad de la norma, política, o acción de distinción llevada a cabo por una autoridad pública o un privado que es considerada como lo que la doctrina norteamericana llama “categoría sospechosa”, con lo que la tolerancia respecto de los medios y los fines elegidos por la autoridad o sujeto que establece las distinciones disminuye.

Ello da lugar a que la autoridad deba presentar fuertes razones (“una necesidad social imperiosa” o “razones de mucho peso”) para justificar la utilización de la categoría “sospechosa”. En general, la exigencia a la autoridad de aporte de razones para justificar que la clasificación de sus normas no son contrarias a las normas de derechos humanos, a las constitucionales, o a ambas, se incrementa²².

En consecuencia, el nivel de tolerancia respecto de los medios y los fines elegidos por la autoridad que establece las distinciones es mucho menor y los niveles de protección de los derechos de los grupos vulnerables mucho más garantistas.

Tanto en las constituciones de Ecuador de 2008 como de Bolivia de 2009, esta discusión se resuelve a favor de la mención explícita de los distintos grupos sociales y sus derechos. Como hemos señalado anteriormente, la causa de ello la encontramos en el hecho de que el sujeto constituyente estuviera integrado por distintos grupos sociales que históricamente han sufrido una situación de exclusión. Ello hizo que a la hora de redactar la Constitución cada uno de ellos quisiera estar visibilizado como grupo. La mención explícita de cada uno de ellos y de sus derechos cumple aquí no sólo una función garantista, sino también una función integradora y didáctica.

Así por ejemplo, la Constitución ecuatoriana de 2008 incorpora dentro del Título II (*Derechos*) un capítulo tercero (*Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria*) donde se incluyen secciones dedicadas a: Adultas y adultos mayores (Sección primera. Arts. 36-38), jóvenes (sección segunda. Art. 39), movilidad Humana (sección tercera. Arts. 40-42), mujeres embarazadas (sección cuarta. Art. 43), niñas, niños y adolescentes (sección quinta. Arts. 44-46), personas con discapacidad (sección sexta. Arts. 47-49), personas con enfermedades catastróficas (sección séptima. Art. 50), personas privadas de libertad (sección octava. Art. 51) y personas usuarias y consumidoras (sección

²² Así se desprende claramente de sentencias como: Tribunal Supremo de Venezuela, Sentencia 1024, 3 de mayo de 2000, Magistrado Ponente José Rafael Tinoco; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-101/05.; y Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, Fallos 321:194 (caso Calvo y Pesini, Rocio c/Córdoba, Provincia de s/Amparo). En el caso *Calvo y Pesini*, donde se cuestionaba una ley provincial que impedía el ingreso a planta en los hospitales públicos provinciales a quienes no eran argentinos, la Corte Suprema hizo lugar a la demanda por entender que el Estado no había acreditado una “justificación suficiente de la restricción”, considerando insuficiente, en ese caso concreto, “una dogmática afirmación de su postura” (CSJN, *Calvo y Pesini, Rocio c/Córdoba, Provincia de s/Amparo*; Fallos 321:194).

novena. Arts. 52-55). Además, el capítulo cuarto está dedicado a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (Arts. 56-60).

O la Constitución de Bolivia de 2009, dentro del Capítulo de derechos sociales y económicos, desarrolla de manera expresa, en secciones separadas, los derechos de grupos sociales específicos: los derechos de niñez, adolescencia y juventud (Sección V. Arts. 58 a 61), los derechos de las personas adultas mayores (Sección VII. Arts. 67 a 79), los derechos de las personas con discapacidad (Sección VIII. Arts. 70 a 72) y los derechos de las personas privadas de libertad (Sección IX. Arts. 73 a 74).

En cada uno de estas secciones se incluyen los derechos específicos para cada uno de estos grupos. Ahora bien ¿qué tipo de derechos se les reconocen? Otra de las discusiones clásicas del derecho antidiscriminatorio es la de si la incorporación de estos grupos desaventajados y/o minoritarios debe hacerse a través de derechos individuales o colectivos. En este sentido, encontramos también dos grandes posiciones extremas:

En un extremo, encontraríamos el posicionamiento que tiene sus fundamentos en la concepción moderna ilustrada de igualdad de base liberal-individualista. Esta parte de la idea de que los derechos de grupo son incompatibles con la tradición liberal. Desde este punto de vista, los individuos constituirían las unidades básicas de la teoría liberal y sus derechos y deberes no deberían depender de o variar por su pertenencia a un grupo etnocultural. La actitud del Estado liberal frente a los grupos etnoculturales debiera ser, aseguran autores como Michael Walzer, de neutralidad. Un Estado neutral no debería apoyar ni desincentivar la pertenencia a grupos etnoculturales, y de hecho no debería reconocerlos explícitamente, excepto para asegurar que sus miembros no son objeto de discriminación. La identidad cultural debería tratarse como la religión, esto es como algo que las personas son libres de cultivar en su vida privada.²³

Según esta concepción, el reconocimiento de derechos de los grupos desaventajados y/o minoritarios debe ser construido sobre las bases universales de igualdad ante la ley, igual libertad e igualdad de derechos, planteando que

²³ El más claro ejemplo de nación cívica, para Walzer, lo constituyen Estados Unidos, cuya neutralidad etnocultural se refleja en el hecho de que no exista una lengua oficial constitucionalmente reconocida (M. WALZER, "Comment", en A. GUTMAN (ed.), *Multiculturalism and the Politics on Recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1992, pp. 100-101; *What it Means to be an American*, Marsilio, Nueva York, 1992, p. 9. Citado por W. KYMLICKA, "Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal", *Isegoría*, núm. 14, 1996, p. 8.

hay personas en la sociedad que por su situación personal, ya sean motivos físicos, económicos, étnicos, religiosos, identitarios o socioculturales, se encuentran en situación de inferioridad, siendo incapaces por sí mismos de satisfacer una serie de necesidades básicas o de actuar en las relaciones sociales en condiciones de igualdad, lo que justifica un proceso de especificación de derechos subjetivos individuales y tratamiento diferenciado en forma de políticas públicas. La ampliación de derechos subjetivos a determinados sujetos en el texto constitucional, no se hace aquí desde una posición de derechos colectivos ni de transformación con la sociedad liberal, sino que se ha hecho desde los derechos individuales, que actúan como plataforma de acceso, de asimilación, de los miembros de los grupos en situación de vulnerabilidad a los espacios, derechos y roles de “normalidad”, pero sin transformarlos.

En el otro extremo, encontraríamos la concepción corporativista. Según este posicionamiento defendido por autores como Charles Taylor, la vía de un grupo para evitar su marginación y defender sus derechos no debe ser integrarse como individuos, mediante el reconocimiento de derechos individuales, en la cultura o en el espacio político, económico y social mayoritario como otros individuos más, puesto que ello no es posible. Ante situaciones de desigualdad estructural de partida la asimilación no genera igualdad sino que reproduce desigualdad. Sino que debe ser la de buscar el tipo de derechos y poderes de autogobierno necesarios para mantener su propia cultura societaria, es decir, crear sus propias instituciones económicas, políticas y educativas²⁴. La integración de los grupos en situación de vulnerabilidad en la constitución se debe hacer por la vía del reconocimiento de derechos colectivos a los sujetos colectivos. Esta concepción parte de dos ideas: la primera es que el grupo no es un mero agregado de individuos sino una entidad con existencia aparte de sus miembros a la que hay que reconocer derechos identitarios y diferenciados, puesto que el bienestar y estatus de los miembros están en gran parte determinados por el bienestar y estatus del grupo; y la segunda, es que el reconocimiento de estos derechos al grupo son, de forma inmediata o mediata, demandas de reconocimiento político y exigencias de nuevos repartos de poder en el interior del Estado, lo que en términos políticos implica un desafío a las jerarquías dominantes y una transformación de la racionalidad política y jurídica liberal dominante.

²⁴ Vid. Ch TAYLOR, “Nationalism and modernity”, en J. HALL (ed.), *The State of the Nation: Ernest Gellner and the Theory of Nationalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 191-218.

Seguramente, ninguna de estas dos posiciones extremas es capaz de dar solución por sí solas la integración de los grupos en situación de vulnerabilidad en el texto constitucional, puesto que no son capaces de dar respuestas a problemas como que no todos los grupos exigen el mismo tipo de integración en la Constitución, ni los mismos derechos, principalmente, porque existen distintos tipos de grupos con intereses diferentes. Si bien la integración mediante derechos colectivos es una reivindicación histórica de grupos como los indígenas, ¿puede considerarse que las personas sordas o con discapacidad son un grupo con identidad antropológica y cultural propia? Al mismo tiempo, a diferencia de lo que se acostumbra a plantear desde la perspectiva liberal, no se pueden reducir todos los derechos de los grupos a derechos individuales ni tampoco es posible reducir todos los derechos de los grupos a derechos colectivos²⁵.

Esto obliga a tener que adoptar posiciones intermedias entre ambas. Es en este sentido que se ubican las constituciones de Ecuador y Bolivia, en las que los derechos reconocidos a los grupos desaventajados y/o minoritarios incluyen medidas de equiparación en el reconocimiento jurídico, a la vez que medidas de diferenciación.

Por un lado, las medidas de equiparación en el reconocimiento jurídico persiguen equiparar a los individuos de grupos en situación de vulnerabilidad con el resto de miembros de la comunidad política. Aquí el valor que se trata de hacer efectivo es el de la igualdad. Supone la inclusión como ciudadanos reconociéndoles todos los derechos, al igual que el resto de ciudadanos. El tipo de reconocimiento normativo que se hace para ello es: el reconocimiento de derechos individuales y la prohibición de discriminación hacia determinados grupos, el reconocimiento de excepciones y privilegios cuando lo que se busca es el reconocimiento de la diferencia para lograr esa equiparación y la adopción de políticas que incluyan medidas de acción afirmativa para hacer efectiva la equiparación de derechos.

Se trata de medidas que pueden encuadrarse en el esquema rawlsiano. A pesar de que Rawls no trató explícitamente las acciones positivas, diversos autores²⁶ ubican tales medidas como parte del principio de justa igual-

²⁵ Sobre estos problemas, vid. J. GARCÍA AÑON, “¿Hay derechos colectivos? Diversidad, diversidad de minorías, diversidad de derechos”, en F.J. ANSUÁTEGUI, *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 201-202.

²⁶ Th. NAGEL, “Rawls and Affirmative Action”, *The Journal of Blacks in Higher Education*, núm. 39, 2003, p. 84; M.V. RODRÍGUEZ, “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en A. FACIO y L. FRIES (eds.), *Género y Derecho*, LOM/ La Morada, Santiago de Chile, 1999, p. 263;

dad de oportunidades de Rawls, el cual “sostiene que con objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables”²⁷.

En esta dirección, una de las novedades que presenta la Constitución ecuatoriana es que no sólo proclama derechos y establece los mecanismos procesales tradicionales para su protección, sino que establece también las directrices básicas de las políticas públicas que debe desarrollar el Estado a favor de determinados grupos sociales²⁸. De manera separada al Título II de los Derechos, la Constitución incorpora el Título VII (Régimen del Buen Vivir) destinado a establecer el “Sistema nacional de inclusión y equidad social”. Se trata del conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo.

Para la implementación de este sistema que se compone de los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, población, seguridad humana y transporte, el texto constitucional establece que el Estado deberá “priorizar su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad” (art. 341). Asimismo, a lo largo del desarrollo de las secciones del Título, se hace referencia continua a las acciones afirmativas hacia estos grupos²⁹.

J. RODRÍGUEZ ZEPEDA, “El igualitarismo radical de John Rawls”, *Isegoría*, núm. 31, 2004, p. 112; M.M. IRIBARNE, “Acción positiva”, *Eunomía*, num. 6, 2014, p. 213.

²⁷ J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 103.

²⁸ Vid. A. NOGUERA, “El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 83, 2009, pp. 117-147.

²⁹ “El Estado (...) desarrollará planes y programas de financiamiento para vivienda de interés social, (...) con énfasis para las personas de escasos recursos económicos y las mujeres jefas de hogar” (art. 375.5); “El Estado protegerá, promoverá y coordinará la cultura física que comprende el deporte, la educación física y la recreación, como actividades que contribuyen a la salud, formación y desarrollo integral de las personas; (...) y fomentará la participación de las personas con discapacidad” (art. 381); etc.

Consiguientemente, se establecen garantías no sólo para la protección de la violación por acción pública o privada de los derechos, sino también garantías para que los miembros de los grupos en situación de vulnerabilidad puedan obligar al Estado a que cumpla con las directrices constitucionales sobre políticas públicas que se convierten en los mecanismos para hacer realmente efectivos los derechos reconocidos por la Constitución. Esta obligación para el Estado deriva del hecho de que, a diferencia de sus predecesoras, la Constitución de 2008 no ubica las garantías constitucionales dentro del Título o parte de los derechos, sino que los ubica en un Título totalmente independiente (Título III: Garantías constitucionales). Situadas dentro del mismo título de los derechos, como sucede en todas las constituciones, las garantías se convierten en instrumentos para garantizar sólo la aplicación de la carta de derechos, no del resto de la Constitución. En cambio, la separación de las garantías en un Título autónomo en el texto ecuatoriano extiende su alcance a todo el texto constitucional, no sólo a la carta de derechos sino también, por ejemplo, al Título VII (Régimen del Buen Vivir) donde se establece el “Sistema nacional de inclusión y equidad social”³⁰.

En un sentido parecido, la Constitución boliviana de 2009 también fija directrices de políticas públicas a favor de determinados grupos sociales. En materia de trabajo, por ejemplo, el texto establece directrices especiales para la incorporación de los jóvenes al mercado laboral³¹ y a las políticas de no discriminación e igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral³². La posibilidad de estos grupos de poder exigir al Estado el cumplimiento obligatorio de tales políticas públicas viene reforzada por el art. 48.I, que dice: “las disposiciones sociales y laborales son de cumplimiento obligatorio”.

Por otro lado, la insuficiencia del reconocimiento de los derechos individuales para la efectiva protección de los derechos de los individuos y de los grupos exige que las anteriores se complementen con medidas de diferencia-

³⁰ Vid. A. NOGUERA, “El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008”, cit., pp. 124-125.

³¹ Art. 48.VII Constitución Bolivia: “El Estado garantizará la incorporación de las jóvenes y los jóvenes en el sistema productivo, de acuerdo con su capacitación y formación”.

³² Art. 48.V y VI Constitución Bolivia: “El Estado promoverá la incorporación de las mujeres al trabajo y garantizará la misma remuneración que a los hombres por un trabajo de igual valor, tanto en el ámbito público como en el privado”, “Las mujeres no podrán ser discriminadas o despedidas por su estado civil, situación de embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijas o hijos. Se garantiza la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo, y de los progenitores, hasta que la hija o el hijo cumpla un año de edad”.

ción. Estas medidas son necesarias por el hecho de tratarse de un colectivo y tener unas exigencias peculiares protegibles para garantizar la diversidad. Entre las medidas de diferenciación podríamos apuntar: el reconocimiento de derechos colectivos, incluyendo tanto aquellos ejercidos por un titular individual como por un titular colectivo y las medidas de acción afirmativa cuyo destinatario no sean sólo los individuos, sino los propios grupos para hacer efectivos estos derechos diferenciados de grupo.

Ejemplo claro de ello son el reconocimiento de los derechos colectivos de los indígenas a la autodeterminación (arts. 2, 30.II.4 y 289 de la Constitución boliviana y arts. 57 y 96 de la ecuatoriana) y a sus tierras comunitarias (art. 30.II.4 de la Constitución boliviana y art. 57.4 de la Constitución ecuatoriana), o a la consulta previa libre e informada mediante procedimientos propios cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles (art. 30.II.15 de la Constitución boliviana y art. 57.7 de la ecuatoriana).

3. GARANTÍAS DE ACCESO Y PROTECCIÓN JUDICIAL Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL EN FAVOR DE LOS GRUPOS DESAVENTAJADOS Y/O MINORITARIOS

La fuerte vinculación, en ambos países, entre Poder judicial y élites económicas y políticas y décadas de sentencias judiciales que desprotegían a los débiles jurídicamente, había generado una fuerte desconfianza en los jueces y llevó a que cuando los grupos históricamente excluidos tomaran el Poder establecieran en la Constitución fuertes garantías de acceso y protección judicial, así como criterios de interpretación jurisdiccional para el caso de conflicto de derechos, que beneficien a los grupos sociales más débiles.

3.1. Acceso y protección judicial

Las dos principales dificultades para la justiciabilidad de los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad han sido seguramente:

En primer lugar, la cuestión del acceso de estos grupos a la justicia. Muchas veces y especialmente en el caso de grupos en situación de vulnerabilidad, el poder acceder a sus derechos no sólo depende del reconocimiento jurídico de los mismos, el restablecimiento de un derecho vulnerado implica tener que movilizar un conjunto de recursos económicos, intelectuales,

socio-culturales, de información y conocimiento, facilidad lingüística, etc. de los que, muchas veces, no disponen individualmente los miembros de los grupos sociales en situación de vulnerabilidad³³.

Y, en segundo lugar, el régimen probatorio de la discriminación.

Estas dos dificultades requieren un cambio en los procedimientos jurisdiccionales tradicionales.

Respecto al acceso a la justicia, esta es una cuestión tratada ampliamente en el documento *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, aprobado en la Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008, donde se establecen determinados estándares relativos a: una asistencia de calidad, especializada y gratuita; al acceso a intérpretes o reconocimiento de lenguas de los pueblos indígenas; a la elaboración de formularios de fácil manejo para el ejercicio de determinadas acciones; a favorecer procedimientos judiciales basados en la oralidad; impulsar formas alternativas de resolución de conflictos; etc.

Todos estos estándares han sido incorporados en las constituciones de Bolivia y Ecuador o en su legislación de desarrollo, así como en la mayoría los de países del ámbito iberoamericano.

Se trata todas ellas de medidas que, sin duda, actúan como plataforma de acceso de las personas en condición de vulnerabilidad a la justicia, sin embargo, al ser medidas que tienen como sujeto de referencia al individuo impiden salvar, una vez el proceso judicial ya está en marcha, la dificultad de desigualdad estructural entre las partes, en el que una persona sola en condición de vulnerabilidad difícilmente se encuentra en condiciones de igualdad para enfrentar jurídicamente con viabilidad y posibilidades de éxito a los sectores económicos o empresariales poderosos.

Con el objetivo de encontrar solución a esta problemática, las medidas anteriores se complementan en las constituciones de Ecuador y Bolivia con el reconocimiento de acciones jurisdiccionales colectivas pensadas para tramitar demandas colectivas de protección de derechos de grupos que comparten una situación similar.

Si bien acciones de este tipo como la acción de grupo o la acción popular ya existen desde hace varias décadas en el ámbito latinoamericano³⁴, las

³³ M. DALY, *Acces to social rights in Europe*, Consejo de la Unión Europea, Estrasburgo, 2002, pp. 31-32.

³⁴ En países como Brasil, la acción popular está prevista en su derecho constitucional desde la Constitución de 1934, habiendo sido reeditada en todas las cartas constitucionales posteriores, excepto la de 1937, y recogida en la Constitución actual de 1988 en su artículo

nuevas constituciones a las que aquí nos referimos han introducido nuevas acciones como la acción de amparo colectivo (reconocida el art. 11.1 del texto constitucional ecuatoriano y art. 14.I.III del boliviano, o la posibilidad de que cualquier tipo de acción jurisdiccional se pueda presentar de manera colectiva, incluso por grupos informales sin necesidad de que estén inscritos formalmente en el registro³⁵.

Con ello se procede a una sustitución de una concepción de las relaciones sociales basada en la idea civilista clásica del “*hombre contra hombre*” por otra basada en la del “*hombre más hombre*”³⁶, lo que implica cambios en los sujetos o partes litigantes de referencia.

La mayoría de acciones procesales del derecho constitucional europeo tienen su origen en el s. XIX en el marco de una concepción atomista de las relaciones sociales donde los individuos se concebían como un conjunto de piezas autónomas y aisladas con interés propio e individual que actuaban como meros intercambiadores en el mercado. En este contexto, cualquier delimitación del contenido de su interés se resolvía en el marco de un juicio de “*hombre contra hombre*” donde ambos se encontraban en una supuesta situación de igualdad jurídica plena. Sin embargo, muchos de los textos constitucionales latinoamericanos toman consciencia de que la manera en que los sectores populares más vulnerables social y económicamente tienen para satisfacer sus intereses personales no es la vía individual del “*hombre contra hombre*” pues no estarán nunca en una situación de plena igualdad jurídica real con los poderosos, sino que es optar por su conformación en sujetos co-

5.LXXII. En otros países como Colombia, las acciones populares existían ya en la legislación desde la adopción del Código Civil de Bello en 1876 y se encuentran también en el Código Civil vigente, aunque las normas de procedimiento establecidas en el Código Civil para su trámite no son las más adecuadas, ya que están pensadas para dar solución a litigios en los que están en juego derechos de naturaleza individual (Sobre ello, vid. A. NOGUERA, *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010).

³⁵ La Ley Núm. 341, de Participación y control social, de 5 de febrero de 2013, de Bolivia, reconoce como actores de la participación y el control social a la sociedad civil organizada, ya sea en forma de organizaciones orgánicas y reconocidas legalmente (sindicatos, etc.), comunitarias (organizaciones, pueblos o naciones indígenas) o informales y circunstanciales (aquellos que se organizan para un fin determinado, y que cuando el objetivo ha sido alcanzado, dejan de existir) (arts. 6 y 7). Todos ellos tienen, de acuerdo con el citado art. 14.I.III de la Constitución, la posibilidad de ejercer y presentar colectivamente acciones jurisdiccionales para la protección de sus derechos.

³⁶ P. BARCELLONA y G. COTTURRI, *El Estado y los juristas*, Ediciones Coyoacán, México DF, 2009, p. 148.

lectivos, por la vía de la organización comunitaria o del “*hombre más hombre*”, que es la que puede situarlos colectivamente en condiciones de igualdad para enfrentar jurídicamente a los poderosos.

Aunque en España existen algún tipo de acciones jurisdiccionales parecidas como la legitimación activa sindical³⁷ o la legitimación activa de organizaciones y asociaciones de personas con discapacidad para actuar como parte interesada en casos de vulneración de derechos a personas de este grupo³⁸, el reconocimiento de las acciones colectivas está muy lejos todavía de la regulación establecida en las constituciones de Ecuador y Bolivia.

En cuanto al régimen probatorio de la discriminación, la efectividad judicial de cualquier derecho es una cuestión íntimamente relacionada con su

³⁷ Tal como afirmó el TC en la STC 210/1994, de 11 de julio, “los sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (arts. 7 y 28) como por obra de los tratados internacionales suscritos por España en la materia (art. 8 PIDESC o art. 5, parte II CSE), una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que, como ya ha sostenido la doctrina de este Tribunal, no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo. La función de los sindicatos, pues, desde la perspectiva constitucional, “no es únicamente la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado. Cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores en particular, sean de necesario ejercicio colectivo” (STC 70/1982, FJ 3), en virtud de una función de representación que el sindicato ostenta por sí mismo, sin que deba condicionar necesariamente su actividad a la relación de pretendido apoderamiento ínsita en el acto de afiliación, que discurre en un plano diverso del de la acción propiamente colectiva (SSTC 70/1982, 37/1983, 59/1983, 187/1987 ó 217/1991, entre otras). Por esta razón, es posible reconocer legitimado al sindicato para accionar en cualquier proceso en que estén juego intereses colectivos de los trabajadores (STC 210/1994, de 11 de julio, FJ 3). Queda así clara “la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores” (STC 7/2001, de 15 de enero, FJ 5) (E. SALAH PALACIOS, *La tutela efectiva en la jurisprudencia del TC*, Cultiva libros, Madrid, 2015, p. 123).

³⁸ Puede verse como ejemplo, el art. 26 de la Ley 11/2014, de 9 de diciembre, de accesibilidad universal de Extremadura, que reconoce legitimación activa a las organizaciones o asociaciones de personas con discapacidad, las cuales tendrán la consideración de interesados, en los términos previstos en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los casos de acciones o omisiones que ocasionen vulneraciones del derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables cuando procedan, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas, especialmente cuando se deriven beneficios económicos para la persona infractora.

prueba. En materia de grupos en situación de vulnerabilidad, el elemento probatorio presenta siempre dificultades, tanto en el caso de acciones individuales como colectivas.

En primer lugar y con respecto a las acciones individuales, la discriminación y la lesión de derechos fundamentales son conductas habitualmente enmascaradas en una apariencia de legitimidad, o, dicho en otros términos, se trata de conductas que nunca se presentarán como tales, salvo supuestos extremos, sino enmascaradas y ocultas³⁹. Por ejemplo, en casos donde se niega el ingreso a establecimientos o eventos abiertos al público, bajo el uso razonable y fundamentado del derecho de admisión y permanencia, a personas transexuales, de clase social popular o negras, ¿cómo se prueba que es por discriminación? En consecuencia, estas dificultades obligan a tener que adaptar la normativa sobre prueba a los aspectos, múltiples y cambiantes, de la discriminación.

Algunos de los principales mecanismos aquí son la prueba indiciaria y la inversión de la carga de la prueba. Aunque esta última está reconocida en la legislación y la jurisprudencia de la mayoría de países, las constituciones de Ecuador y Bolivia han llegado, incluso, a constitucionalizarla. Por un lado, la Constitución boliviana de 2009 establece, en su art. 48, la inversión de la prueba a favor de la trabajadora y del trabajador en las relaciones laborales. Asimismo, en su art. 65 señala que en virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre, esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. Por otro lado, la Constitución ecuatoriana de 2008 establece en su art. 397.1 que en caso de denuncia por daño ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.

En segundo lugar y con respecto a las acciones colectivas, se trata también de acciones que presentan varios problemas probatorios, ausentes en otros procesos. Por ejemplo, en supuestos de actividades industriales o extractivistas de recursos naturales que pueden causar un daño ambiental que

³⁹ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, "Prueba y proceso laboral", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 4, 1994, p. 217. Sobre ello puede verse también: F. CAVAS MARTÍNEZ, *El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 344; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 300.

afecta a la vida de determinados grupos de la zona y donde el daño ambiental no es perceptible o incluso no existe de momento sino que es de carácter progresivo, difuso o secuencial. En todos estos casos la prueba científica basada en experiencias empíricas de casos anteriores son apenas suficientes para predecir lo que a futuro se espera pueda o deba suceder.

Esta dificultad muchas veces de probar hace que mucho más que en el proceso individual, existe la necesidad de que el juez sustituya la prueba de la certeza por la de la probabilidad de los efectos perjudiciales, así como que se despoje de la idea tradicional de aplicación estricta de las normas sobre formalidades procesales y acuda a una interpretación avanzada donde se potencialice la reconstrucción sistemática de la Constitución como un todo, a fin de aportar una interpretación coherente con los valores, fines y objetivos sociales del Estado, de acuerdo con lo que R. Dworkin llamó una lectura moral de los casos⁴⁰.

Este tipo de interpretación se puede potenciar por vía legislativa. En los sistemas jurídicos comparados podemos identificar una serie de elementos tales como la dualidad de posiciones, los principios de audiencia y contradicción o la igualdad entre las partes, etc. que deben encontrarse presentes a fin de que el proceso pueda ser considerado como tal, y que son valores que la doctrina especializada califica como “principios inherentes a la estructura del proceso”⁴¹ o “principios jurídicos naturales”⁴², comunes⁴³ y absolutos⁴⁴ y que, sin duda, podemos considerar principios constitutivos del proceso. Ahora bien, al lado de estos principios coexisten otras reglas cuya satisfacción no es esencial. Se trata de determinados criterios que pueden incidir en la actividad procesal o en la forma de los actos, como por ejemplo, el principio dispositivo y/o de oficialidad, el principio de aportación de parte, de investigación de oficio, de concentración de actos, etc. Todos estos elementos son contingentes y entra dentro de la oportunidad legislativa reconocerlos de una manera u otra, sin que esa circunstancia afecte a la existencia del proceso.

⁴⁰ R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

⁴¹ V. GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 2003, pp. 263 y ss.

⁴² A. OLIVA SANTOS, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGA, *Derecho Procesal*, Editorial universitaria Ramón Areses, Madrid, 2004, pp. 49 y ss.

⁴³ J. MONTERO AROCA, J.L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTON y S. BARONA, *Derecho Jurisdiccional I* (parte general), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 331.342.

⁴⁴ J.M. ASENSIAO, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 196.

Para diferenciar entre los elementos disponibles y no disponibles para el legislador, algunos autores usan la distinción entre “principios” y “formas” del proceso.

Por tanto, en función de cómo el legislador configure estos elementos disponibles o formas del proceso, estaremos ante modelos procesales distintos y donde el papel del juez es también distinto.

A diferencia de un “modelo de justicia del procedimiento”, imperante en España, donde el proceso se entiende como una secuencia de actos técnicos legalmente establecidos y la función del juez debe consistir únicamente en asegurar, desde una posición pasiva de imparcialidad, que tales actos se cumplen correctamente para, al final de los mismos, aplicar objetiva y técnicamente la ley en un ejercicio de técnica judicial mecánica⁴⁵; se puede potenciar un modelo de “justicia de la decisión”, donde el juez juega un papel más activo en la interpretación de las pruebas y el caso y que sin duda permite salvar mucho mejor las dificultades probatorias de las acciones colectivas. Es con este objetivo que Bolivia llevó a cabo la adaptación de su Código Procesal Civil a la nueva Constitución boliviana de 2009 mediante la aprobación en diciembre de 2013 de un nuevo código (Ley 439) que entró en vigor en agosto de 2014 y sustituye al anterior de 1976. No obstante hay que señalar, que a pesar de estas reformas legislativas, se trata en muchas ocasiones de modificaciones o nuevos modelos que chocan con la cultura jurídica de los operadores jurídicos del país, dificultando, en la práctica su implementación e impidiendo que estas puedan operar en pro de una mayor facilidad probatoria de la discriminación.

3.2. Criterios de interpretación jurisprudencial

Conjuntamente con las medidas anteriores, la desconfianza hacia el Poder judicial y los jueces de los altos tribunales, llevó a que cuando, en los

⁴⁵ Este es el modelo procesal que inspira, en gran parte, la vigente Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil española (LEC). Como se desprende del punto VI de su exposición de motivos, el papel del juez es totalmente pasivo. Si bien la LEC de 2000 introduce algunos elementos nuevos como la oralidad, la simplificación de procesos o la incorporación de las nuevas tecnologías en el proceso, es claramente continuista con el modelo procesal tipo de la LEC española de 1881. Es cierto que en artículos como el 429.1 LEC, ampliamente criticado por parte de la doctrina en España, se atribuye al juez el denominado “deber de aclaración y veracidad” que se manifiesta en la posibilidad del juez de solicitar de oficio a alguna de las partes la verificación de alguno de sus argumentos, pero ello no quita que exista en la LEC una hegemonía del dogma de que el protagonismo recae en las partes durante el proceso y no en la decisión del juez.

dos países que estamos analizando, los grupos históricamente excluidos tomaron el Poder Constituyente establecieron en la Constitución criterios de interpretación jurisdiccional para el caso de conflicto de derechos, que beneficien a los grupos sociales más débiles. La Constitución boliviana de 2009 constituye un ejemplo claro de ello.

En el texto aprobado en el pleno de la Asamblea Constituyente, en su última sesión el 9 de diciembre de 2008, el Título II se titulaba “Derechos Fundamentalísimos, Derechos Fundamentales y garantías”, aunque después de las negociaciones hechas en el Congreso entre el Movimiento al Socialismo (MAS) y los partidos de la oposición, para poder conseguir los votos necesarios con lo que el Congreso aprobara una ley de convocatoria de referendo constitucional (el MAS no tenía mayoría en el Senado), entre las cosas que se cambiaron fue el nombre de este Título II, que ha pasado a llamarse “Derechos fundamentales y garantías”.

Mediante este cambio desaparece por tanto, la diferenciación entre derechos fundamentalísimos y derechos fundamentales que el texto salido de la Asamblea establecía.⁴⁶ ¿Cuál era la razón de ser de esta diferencia entre derechos fundamentalísimos y fundamentales establecida por la Asamblea Constituyente? Y ¿por qué los partidos de la derecha condicionaron su voto a la retirada de esta diferenciación?

Aunque a primera vista, viendo aquellos derechos calificados como fundamentalísimos: el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15), al agua y a la alimentación (art. 16), a la educación (art. 17), a la asistencia sanitaria

⁴⁶ Si nos fijamos en el actual texto vemos que el Título II de los derechos fundamentales, empieza nombrando un conjunto de derechos civiles y sociales mezclados, sin clasificación alguna (derecho a la vida, a la integridad física, a la educación, la asistencia sanitaria, la vivienda, etc.), y a continuación, en diversos capítulos, clasifica y diferencia a los derechos en distintos grupos (derechos civiles y políticos, derechos colectivos, derechos sociales y económicos, etc.), cuando lo lógico sería que los derechos nombrados de forma mezclada al inicio fueran incorporados respectivamente en su capítulo correspondiente, el derecho a la vida y a la integridad física dentro del capítulo de derechos civiles, el derecho a la vivienda dentro del capítulo de derechos sociales y económicos, etc. Ello se explica porque estos derechos que aparecen mezclados al inicio, en el texto salido de la Asamblea Constituyente se agrupaban bajo el título de derechos fundamentalísimos y a continuación venían los derechos fundamentales, clasificados en distintos grupos. Fruto de las negociaciones en el Congreso lo que se hizo fue eliminar la categoría de derechos fundamentalísimos sin recolocar lo que antes eran derechos fundamentalísimos en su lugar, por eso se mantienen sin demasiada lógica como un grupo independiente al inicio y fuera de la clasificación en grupos de derechos que fija el texto.

(art. 18), a una vivienda adecuada (art. 19) y a servicios básicos (art. 20) y los calificados como fundamentales, el resto, la diferencia podía parecer responder a la voluntad de fijar una especie de jerarquía de protección de derechos basada en la famosa teoría de la jerarquía de necesidades elaborada por A. Maslow o M. Max-Neef y desarrollada posteriormente por otros autores como M. Nussbaum y A. Sen, según las cuales debe fijarse una diferencia entre determinados “bienes” y “capacidades” que, desde lo que estos autores llaman un punto de vista “primario”, no “derivado”, ayudan a que la vida de una persona pueda ser mejor, por ejemplo, desde un punto de vista “primario”, nos dicen, los alimentos o tener una vivienda ayudan mucho más a que la vida de alguien sea mejor que un frasco de perfume⁴⁷; sin embargo, de un análisis detallado del texto, observábamos que esto no es así, y que el proyecto de Constitución boliviano otorgaba un tratamiento absolutamente igual para todos los derechos. Igualdad que queda explicitada en tres puntos principales del texto: el artículo 13.I donde se establece el principio de indivisibilidad e interrelación de los derechos reconocidos en la Constitución. En el mismo artículo 13, apartado III, que para evitar cualquier duda posible que todavía pudiera haber, afirma: “La clasificación de derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros”. Y, en el artículo 109, el cual reconoce aplicabilidad directa e igual justiciabilidad de todos los derechos, sin distinción.

Entonces, si no existía ningún tipo de diferencia en el tratamiento que el texto daba a los derechos fundamentalísimos y a los fundamentales, ¿cuál era la razón de ser de esta clasificación? Se trataba de una distinción que debía activarse y producir efectos en la interpretación judicial en casos de conflicto de derechos constitucionales. La división en derechos fundamentalísimos y fundamentales no era más que un criterio de interpretación constitucional para el caso de conflicto de derechos constitucionales.

En consecuencia, de acuerdo con esto, las razones que se perseguían cuando la Asamblea Constituyente estableció en el texto la diferencia entre derechos fundamentalísimos y fundamentales, eran fijar criterios de interpretación para los jueces en situaciones de conflicto de derechos, que permitieran proteger los derechos de los grupos más débiles social y económicamente frente a los más fuertes.

Sin embargo, esta denominación de fundamentalísimos a un grupo de derechos, desapareció fruto de una exigencia de los partidos de oposición en

⁴⁷ M. NUSSBAUM y A. SEN (eds.), *The quality of life*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

las últimas negociaciones y revisión del proyecto constitucional, por parte del Congreso, antes del referendo constitucional. Debido a que el partido de gobierno, el MAS, no tenía mayoría en la segunda cámara, no disponía de la mayoría suficiente para poder aprobar la ley de convocatoria de referendo constitucional, lo que le obligó a tener que ceder en la reforma de algunos artículos del texto aprobado por la Asamblea Constituyente para lograr los votos de la oposición necesarios para convocar a referendo mediante ley.⁴⁸

Ahora bien, la exigencia de la oposición de eliminar el concepto de derechos fundamentalísimos, respondió más al simple hecho de que les parecía un término malsonante o poco jurídico, ajeno a la tradición del constitucionalismo tradicional, que no al hecho de que entendieran realmente cual era la razón de ser y las consecuencias jurídicas de esta clasificación. Lo demuestra el hecho de que lo único que exigieron fue sustituir la palabra “fundamentalísimos” por “fundamentales” las dos veces que aparecía en el texto, pero sin cambiar la estructura ni la sistemática del título II de Derechos construido inicialmente por la Asamblea Constituyente alrededor de la lógica de tal diferenciación.

De la mera sustitución del concepto “fundamentalísimos” por “fundamentales” sin cambiar la estructura ni sistemática del Título, ha acabado resultando, en la Constitución vigente aprobada por referendo el 25 de enero de 2009, un confuso Título II, titulado: “Derechos Fundamentales y garantías”, en el interior del cual hay los siguientes capítulos: Derechos Fundamentales (Capítulo segundo -antes fundamentalísimos-), Derechos civiles y políticos (Capítulo tercero), Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (Capítulo cuarto), y Derechos sociales y económicos (Capítulo quinto y sexto).

Con la cual cosa, lo que antes eran derechos fundamentalísimos, ahora son derechos fundamentales por partida doble, por ubicarse dentro del Título II y a la vez dentro del Capítulo segundo del mismo, por tanto son *Derechos fundamentales-fundamentales*. Y, los que antes eran derechos fundamentales, ahora son derechos fundamentales por partida única, por ubicarse dentro del Título II y fuera del Capítulo segundo del mismo, por tanto son *Derechos fundamentales-no fundamentales*.

Esta nueva clasificación sólo complejiza, de manera importante valga decirlo, el entendimiento de la estructura del Título II de la nueva

⁴⁸ Ley No. 3942 de Convocatoria de Referendo Constitucional de 21 de octubre de 2008.

Constitución boliviana de 2009, pero no rompe la filosofía que persiguió la Asamblea Constituyente inicialmente, que en caso de conflicto de derechos entre un derecho clasificado como fundamentalísimo o, ahora, *fundamental-fundamental*, y un derecho fundamental o, ahora, *fundamental-no fundamental*, se deba proteger siempre el primero. Este argumento queda reforzado con el art. 196.II de la Constitución que establece: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”. Este criterio de interpretación ofrece pues, grandes potencialidades para que los jueces puedan llevar a cabo una eficaz tarea de lucha por la protección de los derechos sociales de los grupos desaventajados y/o minoritarios frente a los más fuertes⁴⁹. Otra cuestión es que el choque de culturas jurídicas entre una Constitución de base neoconstitucionalista y unos jueces fuertemente formalistas y positivistas impida, en muchas ocasiones, activar esta potencialidad interpretativa que ofrece el texto constitucional.

4. CUOTAS EN LOS ÓRGANOS DE ESTADO Y TRANSFORMACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS DE PARTICIPACIÓN Y RELACIÓN ESTADO-SOCIEDAD

Partiendo de la idea de que cada grupo actúa a partir del autointerés y que, por tanto, la presencia de miembros de los grupos en situación de desventaja y/o vulnerabilidad en los órganos de Estado podría limitar opresiones y discriminaciones hacia éstos, el constituyente boliviano y ecuatoriano estableció fuertes cuotas para garantizar la presencia de estos grupos. Este es un enfoque que había señalado ya Hamilton en la Convención constituyente norteamericana en 1887: “Dadle todo el poder a la mayoría, y ellos oprimirán

⁴⁹ Sobre la diferencia entre derechos fundamentalísimos y fundamentales en Bolivia, vid. A. NOGUERA, “Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? el principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo”, *Derechos y Libertades*, núm. 21, Época II, junio 2009, pp. 117-147; A. NOGUERA, “Defensorías del Pueblo y derechos sociales en Latinoamérica: la propuesta boliviana de diferenciar entre derechos fundamentalísimos y fundamentales”, en G. ESCOBAR (ed.), *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 469-482; V. ORTIZ (coord.), *Derechos fundamentales-fundamentales. Un mapa de navegación*, CEC-Universidad Católica Boliviana, La Paz, 2012.

a la minoría. Dadle todo el poder a la minoría, y ellos oprimirán a la mayoría. Dadle entonces el poder a ambos, y así cada uno podrá defenderse de los ataques del otro". Podemos poner sólo algunos ejemplos de los existentes en ambas constituciones referidos a los indígenas o a las mujeres.

Para el caso de los indígenas, la Constitución boliviana de 2009 introduce la representación de los indígenas entre los magistrados del Tribunal Constitucional. El art. 197.I del texto boliviano dice: "El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino". Con ello se fija un modelo similar al que existe en la Constitución y la ley belga con respecto al Tribunal de arbitraje, órgano encargado de ejercer la jurisdicción constitucional y compuesto paritariamente por jueces provenientes de las distintas comunidades lingüísticas que conforman el país (art. 142 de la Constitución belga de 1994 y art. 31 de la Ley Espacial del de Arbitraje de enero de 1989)⁵⁰. O en Canadá, donde Quebec tiene garantizados tres de los nueve asientos de la Corte Suprema⁵¹.

En cuanto a la representación de los indígenas en la Asamblea Plurinacional Legislativa, como parte de las circunscripciones uninominales, la Constitución crea "circunscripciones especiales indígena originario campesinas" (art. 146.VII y 147.III), en el interior de las cuales la elección de los asambleístas se podrá hacerse mediante procedimientos y formas propias de cada comunidad (art. 11.II.3). La presencia de representantes de los pueblos indígenas, elegidos por sus procedimientos de elección de autoridades, se garantiza también en la instancia legislativa de los departamentos (art. 278.I)⁵², así como en el nivel municipal (arts. 284.II)⁵³.

⁵⁰ M.CH. GENEVIÉVE, "El tribunal de arbitraje en Bélgica: una jurisdicción constitucional", *Autonomías: Revista catalana de Derecho público*, num. 9, Barcelona, Escuela de Administración Pública de Cataluña, 1988, pp. 163-172.

⁵¹ W. KYMLICKA, *Multicultural citizenship*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

⁵² Artículo 278.I: "La Asamblea Departamental estará compuesta por asambleístas departamentales, elegidas y elegidos por votación universal, directa, libre, secreta y obligatoria; y por asambleístas departamentales elegidos por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo a sus propias normas y procedimientos".

⁵³ El artículo 284.II establece: "En los municipios donde existan naciones o pueblos indígena originario campesinos, que no constituyan una autonomía indígena originaria campesina, éstos podrán elegir sus representantes ante el Concejo Municipal de forma directa mediante normas y procedimientos propios y de acuerdo a la Carta Orgánica Municipal".

Para el caso de las mujeres, la Constitución ecuatoriana se refiere de manera explícita, también, a la obligación de paridad entre hombres y mujeres en la designación de cargos de nominación o designación de la función pública (art. 65), en la elaboración de listas electorales por parte de los partidos y movimientos políticos (arts. 65, 108, 116), en la composición de órganos estatales como la Corte Nacional de Justicia (art. 183), la Corte Constitucional (art. 434), el Consejo de Judicatura (art. 179), la Corte Nacional Electoral y Tribunal Contencioso Electoral (art. 224) o juzgados y tribunales del poder judicial (art. 176).

Paralelamente a la fijación de cuotas de estos grupos en los órganos de Estado, las constituciones de Bolivia y Ecuador operan, también, una transformación de las estructuras tradicionales de participación y relación Estado-Sociedad.

El Estado social surge fruto de un pacto entre clases e implicó la interiorización del conflicto social en el interior del Estado, creando instituciones de inclusión de la Sociedad Civil organizada en las tareas de gobernanza (tareas de formulación de políticas, de coordinación de actividades económicas y de vigilancia, de administración y aplicación de los reglamentos, etc.). Las organizaciones de la Sociedad Civil ya no sólo aportan presión exterior sino que se integran como participantes activos en las funciones esenciales del Estado.

En el constitucionalismo social europeo de posguerra, donde el sujeto Trabajo y sus derechos eran el sujeto y derechos constituyentes, estas estructuras intermedias, conocidas como instituciones neocorporativas de negociación, se estructuraban alrededor del Trabajo como sujeto sociológico y tenían una composición tripartita, esto es, conformadas por los sindicatos, las asociaciones empresariales y el Estado. En ellos se acordaban las políticas públicas de igualdad, diseñadas sobre las relaciones laborales y sobre problemas del mercado de trabajo.

Sin embargo, en las sociedades de Ecuador y Bolivia donde los débiles política y jurídicamente no adoptan la forma de obrero-masa localizado en la fábrica y la ciudadela ni organizados en sindicatos tradicionales, sino que tienen la forma de múltiples grupos que se transverbalizan a lo largo de toda la sociedad, y donde, como hemos dichos, el sujeto y los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad son el sujeto y derechos constituyentes, las estructuras intermedias de concertación se estructuran alrededor de estos últimos, estas se desfabilizan y se diluyen en lo social adoptando la forma por ejemplo de “veedurías ciudadanas, asambleas, cabildos populares, con-

sejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía” (art. 100 Constitución Ecuador), de una silla vacía en las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados que ocupará una o un representante ciudadano en función de los temas a tratarse, con el propósito de participar en su debate y en la toma de decisiones (art. 101), o de consejos de participación ciudadana en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos, o los consejos ciudadanos de planificación para el desarrollo (arts. 85 y 279), etc.

En el caso boliviano, es interesante destacar, por ejemplo, el intento de retomar y reconvertir el llamado Estado Mayor del Pueblo Boliviano, espacio de coordinación de los movimientos sociales surgido en enero de 2002 para luchar contra el Estado neoliberal, en una instancia nacional de articulación entre el nuevo Gobierno y las organizaciones sociales, intento que terminó fracasando. Otras instancias de interrelación Gobierno-movimientos han sido, a nivel central, departamental y local, la celebración de audiencias con los movimientos, evaluaciones periódicas a la gestión gubernamental con presencia de los movimientos, etc. Aunque, hay que reconocer también que, en la mayoría de las veces, estos espacios se reducen a un ejercicio dialógico y de encuentro simbólico pero no en espacios efectivos de toma de decisiones⁵⁴. Pero, independientemente de las deficiencias en el funcionamiento de estos órganos de concertación en Bolivia, éstos evidencian como tanto en Bolivia como Ecuador la participación y relación Estado-Sociedad no se realiza a través de instancias neocorporativas tripartitas (Estado-sindicatos-patronal) como sucede en Europa, sino a través de los espacios comunitarios fluctuantes o líquidos de concertación más propios de los movimientos sociales que articulan los grupos históricamente excluidos en estos países que no de los sindicatos y partidos socialdemócratas europeos tradicionales.

En consecuencia, la naturaleza constituyente de los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad determina también, en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, la forma de los órganos intermedios de corresponsabilidad y concertación Estado-Sociedad Civil, determinando el diseño de la división vertical del poder, que ya no son Comités de empresas en la fábrica como en el Estado social europeo, sino consejos de participación en la esfera social.

⁵⁴ M.T ZEGADA, Y. F. TÓRREZ y G. CÁMARA, *Movimientos sociales en tiempos de poder*, Centro Cuarto Intermedio/Plural editores, La Paz, 2008, p. 70.

5. CONCLUSIÓN

Tal como hemos afirmado al inicio del artículo, el hecho de que el sujeto político que protagonizó los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador estuviera conformado no por un partido obrero clásico sino por la agregación de múltiples movimientos o luchas de grupos en situación de vulnerabilidad, hizo que las Constituciones emergentes en ambos países se caractericen por una especial visibilización de los grupos sociales hasta entonces excluidos, a la práctica, de la ciudadanía, y por la incorporación de muchas referencias y mecanismos para el reconocimiento y garantía de los derechos específicos de grupos desaventajados y/o minoritarios y de derecho antidiscriminatorio.

Esta naturaleza del sujeto constituyente de unidad popular determinó que la forma de constitucionalismo social emergente fuera totalmente distinta al modelo europeo y el papel que en el interior de las Constituciones ejercen los derechos específicos de grupos desaventajados y/o minoritarios y el derecho antidiscriminatorio también.

A diferencia del constitucionalismo europeo donde los derechos de los grupos en situación de desventaja y/o vulnerabilidad ocupan una posición de derechos complementarios, en el nuevo constitucionalismo ecuatoriano y boliviano ocupan una posición de derechos constituyentes. Ello se hace evidente en la posición que ocupan los derechos de los grupos vulnerables en la carta de derechos, estableciéndose secciones propias para cada uno de los grupos y sus derechos en el interior de la carta; en la fijación constitucional de garantías de acceso y protección judicial, así como de criterios de interpretación jurisdiccional en favor de los grupos en situación de vulnerabilidad y/o desventaja; o, en el la fijación de cuotas de presencia de estos grupos en los órganos de Estado, así como en una transformación de las estructuras tradicionales de participación y relación Estado-Sociedad adaptada a la naturaleza fluctuante y líquida de los movimientos sociales en que se articulan políticamente los grupos desaventajados y/o minoritarios.

Este carácter constituyente de los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad, hace que a diferencia de las "Constituciones del trabajo" propias de la Europa social de posguerra, pueda hablarse, para el caso de Ecuador y Bolivia, de "Constituciones de los excluidos". Por todo esto, las Constituciones de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009 son, sin duda, textos a

tener en cuenta y a analizar a la hora de realizar cualquier estudio o propuesta de derecho constitucional de los colectivos en situación de vulnerabilidad y de derecho antidiscriminatorio.

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ
*Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración.
Edificio Departamental Occidental.
Campus de Tarongers.
Facultad de Derecho
Universitat de València
e-mail: albertnoguera78@hotmail.com.*