

3

Derechos económicos, sociales, culturales y nuevos

Este capítulo examina la inclusión constitucional de los derechos económicos, sociales y de nuevos tipos de derechos emergentes, basándose en la experiencia de los países de la OCDE. Tras exponer brevemente su prevalencia en las constituciones contemporáneas, las primeras secciones presentan los debates relativos a la conveniencia de su constitucionalización, la "fuerza" que debe concedérseles y el impacto de las diferencias entre los ideales constitucionales y la realidad. Se analizan determinados derechos económicos, sociales, culturales y nuevos, como la salud, la educación, el empleo, el medio ambiente, la intimidad y los derechos digitales, haciendo referencia a los modelos de constitucionalización existentes. Se señalan las cuestiones relativas a su accesibilidad y exigibilidad, así como la posible contribución de las comisiones de derechos humanos. Por último, se plantean algunas notas de precaución sobre la especificidad del lenguaje de los derechos, la realización progresiva y la deferencia a las ramas de poder electas.

Cuestiones clave

Al considerar la inclusión de los derechos económicos, sociales, culturales y nuevos (DESCN) en una constitución, se plantean cuatro preguntas clave:

- *¿Qué derechos, si corresponde, deberían incluirse?* Casi todas las constituciones redactadas en las últimas dos décadas incluyen al menos algunos DESCN, y la mayoría contiene un gran número de ellos. Sin embargo, esto no significa que sea necesario incluirlos. Los derechos deben incluirse únicamente si las ideas y los objetivos que representan se consideran deseables y merecedores de algún nivel de protección de la voluntad de la mayoría. Incluir una gran cantidad de derechos puede disminuir su valor retórico, así como socavar el valor de los derechos fundamentales. Asimismo, una gran cantidad de logros en este campo se han alcanzado únicamente a través de la movilización de la sociedad civil y la legislación en la mayoría de los países desarrollados (por ejemplo, normas de empleo y de salarios mínimos). Las decisiones sobre si deben incluirse derechos y qué derechos deben equilibrar cuidadosamente estas consideraciones.
- *¿Qué tan fuertes deberían ser esos derechos?* Como se explicará en el Recuadro 3.1, los derechos pueden ser justiciables en forma fuerte, débil o ser derechos aspiracionales. La violación de cada uno de ellos acarrea una sanción – que puede ser legal, política o ambas - pero la certeza y severidad de esa sanción varían. Los derechos fuertes están asociados con la idea de la “supremacía judicial” en el sentido de que el tribunal superior, en lugar del poder legislativo o ejecutivo, tiene la última palabra sobre lo que es o no constitucional. Esto otorga un gran poder a los jueces. Por un lado, es probable que los jueces estén mejor aislados de las consideraciones políticas y partidistas que sus homólogos electos. Por otro lado, éstos no necesariamente se encuentran en la mejor posición para comprender plenamente la complejidad y los matices de los problemas sociales relevantes. Ellos no rinden cuentas al pueblo en el mismo grado que los representantes electos. Puede ser mejor entregar al poder legislativo la cuestión de cómo lograr los objetivos de estos derechos de una mejor manera. En este sentido, la revisión judicial débil ofrece un grado de protección en el sentido de que proporciona un mecanismo institucional mediante el cual la legislatura debe justificar expresamente su intención de violar un derecho, dejando la planificación y la política al servicio civil bajo la dirección de oficiales electos. Los derechos aspiracionales no proporcionan protección legal directa, pero con frecuencia han demostrado ser efectivos para dar forma al discurso sobre el desempeño de los gobiernos en el poder y aumentar la conciencia pública y la preocupación por temas específicos. No existe un “mejor” enfoque, ni es necesario asignar la misma fuerza a cada derecho incluido en la constitución.
- *¿Qué tan específicos deberían ser esos derechos?* En general, los derechos deben establecer principios y objetivos generales a proteger o perseguir. Cuanto más complejo sea el tema, más derechos deberán dejarse a la discreción de los políticos y burócratas para que los aborden de la manera que consideren más eficaz. Sin embargo, en ciertos casos, pueden ser apropiadas las disposiciones más concretas, particularmente si el derecho tiene como objetivo prevenir un incidente particularmente atroz o aislar un tema o asunto en particular de la interferencia política a la luz de escándalos o abusos en el pasado.
- *¿Quién defenderá estos derechos y cómo?* Los tribunales probablemente servirán como los principales intérpretes de los DESCN; sin embargo, están lejos de ser los únicos actores involucrados. Los casos judiciales requieren que se presente una demanda; quién puede presentar esa demandas y los costos incurridos al hacerlo tendrá un impacto significativo en los tipos de demandas presentadas. Es probable que las personas, en particular las que

carecen de patrimonio independiente, tengan dificultades para obtener reparación por la violación de sus derechos si no existe algún tipo de mecanismo de apoyo a la sociedad civil o de defensa pública. También se pueden crear otras instituciones, como las comisiones de derechos humanos, para ayudar en el cumplimiento de estos derechos. Para que sean significativos, los derechos deben tener una base sólida y real y deben existir métodos creíbles para corregir sus violaciones, aunque sean algo lentos.

Introducción

Las declaraciones de derechos son una característica que define a las constituciones contemporáneas. Además de los derechos civiles y políticos,¹ la gran mayoría de las constituciones redactadas en las últimas décadas han incluido al menos algunos derechos económicos y sociales, por ejemplo, el derecho a una pensión, a la educación y a la salud.² Más recientemente, y en respuesta a ideas y tecnologías emergentes, las constituciones también han comenzado a incluir nuevos tipos de derechos relacionados con asuntos tan diversos como la sostenibilidad ambiental, el acceso a internet, la privacidad y la protección del consumidor. Estos derechos económicos, sociales, culturales y nuevos (DESCN) encuentran apoyo en muchas de las ideas que subyacen a los derechos civiles y políticos, como la dignidad humana, la identidad cultural y religiosa, y la creencia de que las personas tienen derecho a llevar el tipo de vida que deseen elegir según sus visiones de “la buena vida” sin interferencia indebida del estado (Fredman and Campbell, 2016_[1]). También pueden servir como símbolos poderosos de los valores, compromisos y creencias nacionales. Al mismo tiempo, se ha argumentado que los DESCN inevitablemente plantean cuestiones políticas, cuyas respuestas es mejor dejar a los poderes electos, y que intentar constitucionalizarlos puede limitar indebidamente la capacidad del estado para implementar políticas y programas que respondan a las necesidades cambiantes de la población.

Su inclusión en la constitución de una nación también es parte de un intento de alcanzar y/o proteger beneficios concretos, como un salario digno para todos los trabajadores o el acceso a tratamiento médico y medicamentos para todos los ciudadanos. Sin embargo, el hecho de incluir estos derechos en la constitución no hace que se materialicen dichos objetivos; lograrlos requiere algo más que palabras escritas. De hecho, hay países que han constitucionalizado estos derechos, pero no han logrado sus objetivos subyacentes, y otros que aún no los han constitucionalizado han alcanzado esos objetivos. La realización de los DESCN requiere el apoyo de la población, la aceptación de los partidos políticos, una amplia planificación, una inversión sostenida y un sistema judicial receptivo capaz de exigir responsabilidad a las autoridades públicas correspondientes. Las políticas y programas destinados a hacer efectivos estos derechos no solo competirán por los recursos limitados del estado, sino que los derechos mismos pueden entrar en conflicto con otros objetivos legítimos del gobierno, o entre sí. ¿Deben los salarios dignos tener siempre preferencia sobre la competitividad económica? Si un grupo de personas establece un asentamiento informal en una finca privada porque no tiene otro sitio a dónde ir, ¿debe el dueño de la finca aceptar el allanamiento de morada o debe desalojar a los ocupantes ilegales a pesar de la garantía constitucional a una vivienda adecuada? Si un paciente gravemente enfermo acude a los tribunales en busca de diálisis renal necesaria para sobrevivir basándose en el derecho constitucional a la salud, ¿cuál es la respuesta a una institución de salud que alega que no tiene más recursos para gastar en diálisis debido a sus compromisos con otros innumerables tratamientos e instalaciones necesarios?

La decisión sobre qué DESCN, si es que corresponde, deben incluirse en una constitución y cómo deben estructurarse debe tener en cuenta los valores y creencias de la nación a la que se aplicarán; la interconexión de los derechos entre sí y con los demás objetivos y prioridades de las naciones; así como las medidas que se implementarán para garantizar que los responsables de la formulación de políticas sean responsables de las decisiones que tomen sobre dónde y cómo se asignan los recursos.

Breve descripción del tema

¿Deberían constitucionalizarse tales derechos?

La primera cuestión a considerar con respecto a los DESCN es si deberían incluirse en una determinada constitución. Además de los problemas generales sobre los aspectos antidemocráticos de la revisión judicial, se han planteado varias objeciones sobre estos derechos en particular. El núcleo de los problemas parece ser que, a diferencia de los “derechos negativos”, como la libertad de expresión, que limitan la capacidad del estado para actuar, los DESCN son principalmente “derechos positivos” en el sentido de que tienden a obligar a la acción estatal y pueden requerir importantes gastos. Aunque los derechos negativos también tienen algunos costos (Holmes and Sunstein, 1999^[2]), hay algo incuestionablemente diferente en un derecho que podría hacer que un juez ordene al ejecutivo gastar decenas o cientos de millones de euros, por ejemplo, para construir nuevas escuelas o ampliar los criterios de elegibilidad para las pensiones públicas. La inclusión de algunos o todos estos derechos no dará lugar necesariamente a tales decisiones, pero independientemente de su estatus constitucional, el logro de los objetivos que engloban casi con certeza implicará grandes inversiones y gastos recurrentes.

Un conjunto de objeciones más fuertes a la inclusión de tales derechos, particularmente en su forma “fuerte”,³ es que la complejidad e incertidumbre de los problemas involucrados, junto con la realidad de los recursos estatales limitados, significa que, indudablemente, no hay una única forma de lograr los objetivos que estos derechos pretenden promover: proporcionar atención médica a todos los ciudadanos no es simplemente una cuestión de contratar médicos y construir hospitales. Deben tomarse decisiones sobre la asignación de recursos a través de la atención preventiva, curativa y de rehabilitación, así como sobre la mejor manera de proporcionar servicios a las comunidades marginadas. Además, a menudo no existe una forma clara de determinar qué derechos deben tener prioridad sobre otros en términos de recursos estatales. Por ejemplo, ¿es más importante garantizar que todos los trabajadores (o ciudadanos en general) puedan contar con una pensión que evite su indigencia en la vejez, o que se proporcionen medicamentos que salvan vidas a un pequeño número de personas que padecen una enfermedad rara? De manera similar, la provisión de bienes o servicios específicos por orden judicial (por ejemplo, libros de texto) podría conducir muy fácilmente a una reducción del gasto en otras áreas, como el mantenimiento escolar, ya que las instituciones gubernamentales individuales se ven obligadas a reasignar sus presupuestos para cumplir con sus obligaciones legales.

En general, las opciones no serán tan estrictas, ni es realmente una cuestión de suma cero: algunas opciones serán preferibles de manera más o menos obvia, y otras tendrán efectos colaterales previsibles que harán que los objetivos futuros sean menos (o más) costosos de alcanzar.⁴ Por otro lado, será necesario tomar decisiones difíciles y basadas en información imperfecta con graves consecuencias. Tales decisiones implican necesariamente juicios morales y conjeturas y es muy probable que las personas razonables no estén de acuerdo sobre qué opción es la “mejor”. Al menos en su capacidad oficial, puede ser que los jueces no estén bien preparados para tomar estas decisiones. Desde esta perspectiva, es más apropiado que lo hagan los funcionarios electos, los representantes del pueblo, con base en la información que les proporciona la administración pública con expertos en las áreas correspondientes. En resumen, en ausencia de una sola respuesta correcta, la responsabilidad final de decidir tales asuntos debería recaer en los cargos electos que son responsables ante la población en su conjunto a través de elecciones, en lugar de en los jueces, que no lo son.

Por otro lado, los derechos, tanto individuales como grupales/culturales, son por definición contra mayoritarios, y dejar su realización y protección en manos de instituciones mayoritarias como las legislaturas presenta ciertos problemas. Si se quiere tomar en serio la dignidad humana y el dinamismo cultural, no debería ser posible ignorar los derechos destinados a garantizar su protección simplemente porque sea inconveniente para la mayoría o costoso. Esto es particularmente cierto cuando, como suele ser el caso, estos derechos están destinados a abordar la marginación histórica o la desventaja causada

por una falla en el sistema político para representar adecuadamente los intereses de todos los miembros de la sociedad. El enfoque de la democracia electoral en el que “el ganador se lo lleva todo” tampoco encaja con las ideas contemporáneas sobre la democracia legítima y, quizás más importante, estable. De manera más polémica, se ha argumentado que la legitimidad democrática depende de la capacidad de que todos aquellos sujetos a sus leyes tengan una oportunidad significativa de tener la información, habilidades y seguridad material necesaria para participar en la vida política de manera informada (Shue, 2020^[3]); muchos de los derechos analizados en este capítulo apoyan directamente tal legitimidad.

Algunas constituciones no contienen DESCN. De hecho, una serie de democracias consolidadas con altos niveles de vida no incluyen tales derechos en sus constituciones nacionales, como por ejemplo Estados Unidos.⁵ Otras, como Canadá y Alemania, contienen relativamente pocos.⁶ Por el contrario, asuntos como la salud, la sindicalización y los derechos del consumidor se regulan por ley, y los beneficios y protecciones que otorgan a los ciudadanos (o grupos) pueden, o al menos podrían, ser alterados o incluso revocados por una mayoría legislativa simple. De hecho, a pesar de la falta de derechos constitucionales a la salud en Australia, Canadá o el Reino Unido, los tres tienen sistemas sólidos de salud pública que, aunque no son perfectos, aseguran que se proporcione un nivel básico de atención médica a todos los ciudadanos independientemente de la capacidad de pago. Dicho esto, casi todos los países que entran en esta categoría se industrializaron y ampliaron el tamaño de su aparato estatal hace más de medio siglo, y sus constituciones tienden a ser anteriores a esa época. No se debe asumir que lo que funcionó en el pasado seguirá funcionando en el presente.

Han surgido preocupaciones sobre la efectividad de la constitucionalización de este tipo de derechos, y de que si se les considera una formalidad, hacerlo puede ser perjudicial en el medio y largo plazo (OECD, 2017^[4]; Bjørnskov and Mchangama, 2019^[5]). De hecho, existe evidencia que respaldan su efectividad directa y, más habitualmente, indirecta para lograr los objetivos previstos.⁷ Según tal investigación, la asignación de beneficios tras litigios sobre derechos no se limita a las élites y, lo que es más importante, puede desencadenar importantes cambios en las políticas con importantes consecuencias “en beneficio de los pobres” (OECD, 2017^[4]; Ferraz, 2020^[6]). También hay una clara tendencia en la práctica: las nuevas constituciones contienen, casi invariablemente, derechos económicos y sociales y muchas contienen otros derechos emergentes.

¿Qué tan “fuertes” deben ser los derechos económicos, sociales, culturales y nuevos?

Los DESCN pueden incluirse en las constituciones como derechos justiciables o aspiracionales. Los derechos justiciables son legalmente exigibles en el sentido de que el gobierno puede ser llevado a los tribunales por no cumplir con las obligaciones requeridas por un derecho en particular. Los mecanismos específicos mediante los cuales se pueden hacer tales demandas, que varían significativamente, se analizan en el Capítulo 6. Los derechos consagrados de esta manera proporcionan algún forma de recurso legal a la sociedad (a menudo todos los ciudadanos, pero a veces un conjunto más reducido de actores como partidos de oposición, sindicatos, u organizaciones no gubernamentales [ONG]), para asegurar el cumplimiento de sus derechos constitucionales. Esto puede ocurrir al cuestionar la constitucionalidad de una ley de forma abstracta; alegando que han sufrido un daño concreto como resultado de una acción tomada por o bajo la autoridad del Estado; o alegando que existe un “situación inconstitucional” por la ausencia de un sistema constitucionalmente adecuado para proveer los derechos garantizados.

Recuadro 3.1. La “fuerza” de los derechos

Los derechos se incluyen en las constituciones de diversas formas, y se utilizan varios términos diferentes para describir la forma en la que se hace. Sin embargo, en su mayor parte, los derechos constitucionales se encuentran en una de tres formas. En orden descendente de “fuerza”, estas son:

- *Fuertemente justiciable*: el derecho está incluido en la constitución, una presunta violación puede servir como base para una reclamación judicial y los poderes electos no pueden ignorar (legalmente) o invalidar una decisión judicial que determina que un derecho ha sido infringido o aplica una acción para corregir la violación del mismo.
- *Débilmente justiciable*: el derecho está incluido en la constitución y una supuesta infracción puede servir como base para una reclamación judicial. Sin embargo, los poderes electos tienen como mínimo una cierta capacidad para ignorar (legalmente) o invalidar una decisión judicial que determine que un derecho ha sido violado. Esto puede ser una cuestión de diseño (como lo es en Canadá) o el resultado de un documento constitucional que tiene un estatus cuasi constitucional en lugar de estado constitucional pleno (como en Nueva Zelanda).
- *Aspiracional*: el derecho está incluido en la constitución, pero una supuesta violación no puede servir como base para un caso judicial. Más bien, se supone que el derecho actúa como un principio rector de la política estatal que debe informar toda la toma de decisiones del gobierno. En la medida en que existen consecuencias por no respetar tales derechos, se obtienen a través de la opinión pública y el voto.

La fuerza de los derechos tiende a indicarse mediante una formulación explícita en la propia constitución. Por ejemplo, la Constitución de Finlandia establece que “toda persona tiene derecho a que su caso sea tratado de manera adecuada y sin demoras indebidas por un tribunal de justicia u otra autoridad legalmente competente, así como a que se adopte una decisión sobre sus derechos u obligaciones revisados por un tribunal de justicia u otro órgano independiente de administración de justicia” (art. 21).

En general, los derechos incluidos en dicha constitución son justiciables. Otras constituciones excluyen expresamente la revisión judicial con fundamento en alguno o todos los derechos incluidos en la constitución. El artículo 41 de la Constitución de Suiza, que establece una serie de garantías económicas y sociales, incluye una cláusula según la cual “no se puede establecer ningún derecho directo a las prestaciones estatales sobre la base de estos objetivos sociales” (art. 41(4)). Sin embargo, las constituciones tienden a ser documentos complejos y, a menudo, existen salvedades, incluso para declaraciones aparentemente claras sobre justiciabilidad. Por ejemplo, la Constitución de España contiene varias cláusulas que indican que ciertos derechos específicos son justiciables, otros son aspiracionales, y otros son justiciables, pero solo en determinadas circunstancias. Los detalles del lenguaje varían de una jurisdicción a otra, pero es importante reconocer las diferencias entre las “fuerzas” de los derechos y considerar (y especificar) cómo se incluirá cada derecho en particular en la constitución.

Fuentes: Gardbaum (2001^[7]), “The New Commonwealth Model of Constitutionalism,” *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49/4, pág. 707–760, <https://doi.org/10/dp6q36>; Jung, Rosevear and Hirschl (2019^[8]), “Justiciable and Aspirational ESRs in National Constitutions”, *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, pp. 37-65.

El resultado de una impugnación constitucional exitosa se determina principalmente por el hecho de si una jurisdicción emplea una revisión judicial de forma rigurosa (“fuerte”) o leve (“débil”) (ver el Capítulo 6). Cuando existe una revisión judicial fuerte, un tribunal puede invalidar parte o la totalidad de la legislación infractora o exigir al estado que proporcione a los demandantes un bien o servicio en particular, como ha

sucedido con frecuencia con los medicamentos en países como Brasil y Colombia. También puede resultar en que un tribunal exija que el Estado proporcione detalles sobre su plan para abordar un tema particular relacionado con los derechos, por ejemplo, una política nacional de vivienda, y demuestre que todos los factores relevantes para los derechos, incluidas las opiniones de los afectados por la política, fueron apropiadamente considerados cuando la política fue elaborada, un enfoque que ha sido empleado varias veces por la Corte Constitucional de Sudáfrica. La reparación también puede adoptar otras formas, dependiendo de la naturaleza de la violación, casos anteriores en la jurisdicción y la creatividad de los jueces que llevan el caso. Aunque los mecanismos para presentar demandas relacionadas con los derechos justiciables están generalmente bien definidos en las constituciones, la naturaleza exacta de los recursos utilizados para corregir las violaciones tiende a ser algo ambigua, quizás en forma necesaria.

En muchos sentidos, la revisión judicial leve (débil) es una categoría intermedia, ubicada entre los derechos aspiracionales y los justiciables. La forma y el procedimiento de las actividades del tribunal son similares a la revisión judicial intensa (fuerte), pero los tribunales se limitan a informar a la legislatura de su conclusión de que un acto de gobierno violó un derecho (como en el Reino Unido) o exigir que la legislatura reconsidere una parte de la ley a la luz de que se ha declarado incompatible con un derecho (como en Nueva Zelanda).⁸ Una versión más poderosa de revisión judicial débil, que existe en un conjunto limitado de circunstancias en Canadá, otorga a los tribunales el poder de derogar la ley infractora, pero da a la legislatura la opción de invalidar temporalmente al tribunal declarando que opera “sin perjuicio” de inconstitucionalidad. La capacidad de la revisión moderada para defender los derechos constitucionales depende del contexto. En muchos países que lo han adoptado (incluido Canadá), un grado relativamente alto de apoyo de la población hacia los tribunales y la constitución hace que contravenir incluso los fallos técnicamente consultivos de los tribunales sea una decisión políticamente costosa. Sin embargo, el cuán costoso podría ser está sujeto a cambios en la opinión pública, particularmente con respecto a la confiabilidad relativa de los tribunales y los poderes electos. Las revisiones moderadas a menudo se consideran menos rígidas y capaces de lograr un equilibrio entre el poder judicial y los poderes electos, lo que desalienta la extralimitación o el abuso por parte de ambos.

Los derechos aspiracionales expresan los valores, metas y prioridades de la nación y articulan una visión de lo que el país se esfuerza por ser. Como tales, a menudo se los considera principios rectores de la política estatal, que articulan un conjunto de objetivos de medio a largo plazo destinados a guiar las acciones y elecciones de los funcionarios electos, burócratas y otros actores estatales en el desempeño de sus funciones profesionales. Si bien la falta de aplicación significativa de estos principios no conlleva una sanción legal formal, los derechos aspiracionales pueden tener un impacto concreto en la política estatal de al menos dos formas. El primero se puede observar en el escenario electoral. En la medida en que estos derechos reflejen con precisión valores y creencias sociales ampliamente aceptados, o que exista una fuerte creencia en el valor de operar de acuerdo con los principios constitucionales, es probable que una decisión del gobierno en ejercicio que desconozca estos principios rectores sea aprovechada por la oposición para movilizar apoyo y afecte negativamente el apoyo popular y electoral del partido gobernante. Existe una segunda área de impacto potencial cuando la no exigibilidad de un derecho no se hace explícita en la constitución. Han existido casos en los que un tribunal o un juez en particular, frente a una redacción o terminología ambigua en el contenido de una constitución, ha determinado que lo que muchos creían que era (y bien podría haber sido destinado como) un derecho aspiracional, de hecho, era la base para que el poder judicial dicte un fallo sobre las acciones de los actores estatales, o para interpretar otras leyes o derechos a la luz de estas aspiraciones.

Constituciones en libros versus constituciones en acción

Otra consideración con respecto a la inclusión de DESCN es la probabilidad de “desfase” entre los derechos y obligaciones descritos en el contenido de la constitución y su aplicación en la práctica. Las constituciones tienden a contener elementos tanto retrospectivos como prospectivos. Los primeros buscan prevenir los excesos o fracasos del pasado al delinear un conjunto de prácticas proscritas e imponer

ciertas condiciones al uso del poder por parte del estado.⁹ Los últimos tienden a articular metas o ideales que una sociedad busca alcanzar.¹⁰ Ambos elementos entran legítimamente dentro del alcance de una constitución, ya que sirven para identificar y, hasta cierto punto, poner en marcha los valores y creencias de la nación. Sin embargo, se debe tener precaución al articular estos derechos. En particular, la viabilidad de su realización debería influir en la determinación de su “fuerza” en relación con el poder judicial y la capacidad del estado para realizarlos; un documento que garantice la atención médica para todos, independientemente de la capacidad de pago, no proporciona, en sí mismo, dicha atención.

En la medida en que en la constitución se establezca un conjunto expansivo de derechos, garantías y obligaciones sin tener en cuenta la practicidad, se pueden crear expectativas poco realistas. Si las expectativas son demasiado altas, o la propia constitución exige demasiado en un período de tiempo demasiado corto, los derechos y la propia constitución pueden llegar a percibirse como formalidades que no están necesariamente conectadas con la realidad. Esto puede asimismo dañar la credibilidad, y potencialmente la estabilidad, del sistema político. Esto no implica necesariamente reducir las expectativas, sino más bien moderarlas reconocimiento de la realidad de un cambio progresivo. En la medida en que se incluyan grandes objetivos, éstos deben expresarse de una manera que comunique que se van a lograr progresivamente a lo largo del tiempo. Lograr el equilibrio adecuado entre expectativas realistas, por un lado, y una visión de una sociedad buena y justa que despierte esperanza y compromiso en la gente, por el otro, es uno de los desafíos más difíciles del proceso de redacción.

Características fundamentales

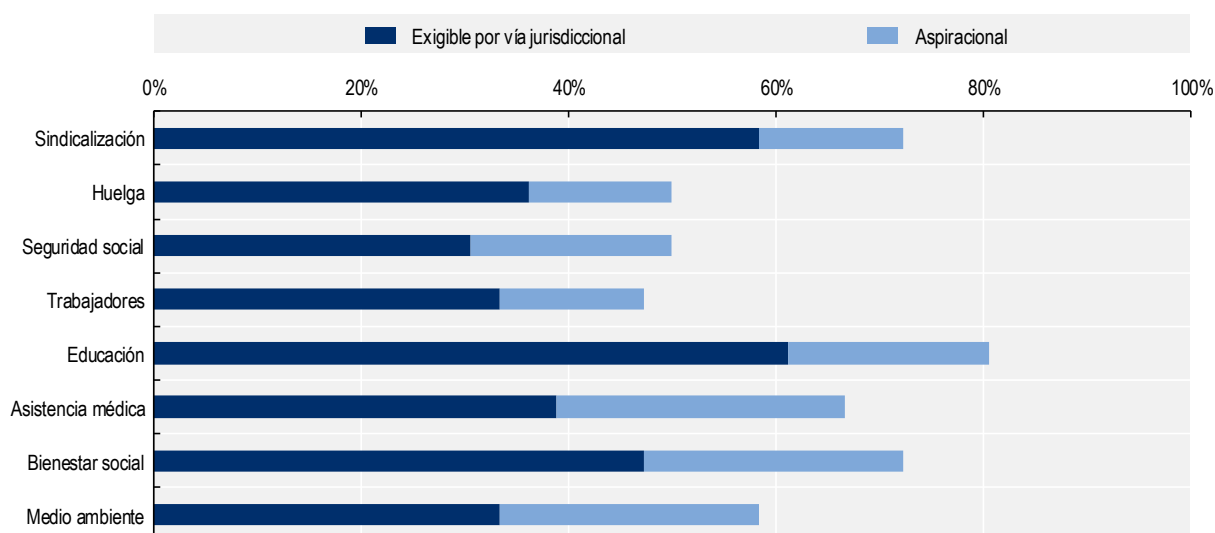
La siguiente sección analiza los derechos económicos, sociales y nuevos, con un enfoque especial en las constituciones y documentos cuasi-constitucionales de Australia,¹¹ Finlandia, Alemania, Nueva Zelanda,¹² Portugal, España y Suiza. Si bien estas comparaciones pueden ser valiosas, no existe un modelo único de diseño constitucional; la historia, la política, la economía y la cultura de un país tienen un impacto significativo en el funcionamiento de un modelo, estructura o cláusula en particular. Además, el derecho internacional y regional puede prevalecer, al menos formalmente, sobre algunos de los derechos que se analizan a continuación.

En términos generales, los derechos económicos son derechos que las personas acumulan debido a su participación en el mercado laboral formal y persisten solo mientras permanezcan empleados o en alguna relación con la economía formal. En esta categoría se incluyen derechos como los de formar o afiliarse a un sindicato y el derecho a huelga; la seguridad social basada en contribuciones (en particular pensiones, pero también cuestiones como los permisos por maternidad/paternidad y el seguro de discapacidad) y, con menor frecuencia, los derechos relacionados con las condiciones de trabajo, los salarios y los períodos de descanso. Este tipo de derechos a menudo requiere la difícil tarea de equilibrar la capacidad de las empresas para ser competitivas a nivel mundial y responder a los cambios en la demanda con el deseo de proporcionar a los ciudadanos un empleo estable, salarios y niveles de vida dignos.

Sindicalización y huelgas

Los derechos a afiliarse o formar un sindicato y el derecho a huelga son dos de los derechos económicos más comunes. Como se muestra en la Gráfica 3.1, aparecen en aproximadamente el 75% y el 50% (respectivamente) de las constituciones de área de la OCDE. También están estrechamente relacionados con el derecho a la libre asociación, un derecho civil y político. Sin embargo, se distinguen porque permiten a una clase específica de personas, los trabajadores, unirse de manera legalmente protegida para compensar el desequilibrio de poder percibido entre empleadores y empleados y, a su vez, buscar seguridad laboral, salarios más altos y mejores condiciones de trabajo.

Gráfica 3.1. Constituciones de área de la OCDE que contienen disposiciones de DESCN



Nota: A partir del 1 de enero de 2016, sin incluir a Chile.

Fuente: Basado en Jung, Rosevear and Hirschl (2019^[8]), "Justiciable and Aspirational ESRs in National Constitutions", *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, pp. 37-65.

Los sindicatos, los acuerdos colectivos de trabajo y las huelgas existen, en diversos grados, en cada uno de los siete países de referencia. Sin embargo, no están protegidos constitucionalmente ni en Australia ni en Nueva Zelanda, donde existen en virtud de una combinación de jurisprudencia y legislación. El derecho a sindicalización está incluido en las Constituciones de Finlandia y Alemania, pero el derecho de huelga no está expresamente garantizado. Ambos derechos están protegidos constitucionalmente en Portugal, España y Suiza.

Cuando existe el derecho de huelga, generalmente está sujeto a limitaciones. Esto tiende a manifestarse en prohibiciones de huelga por quienes prestan servicios esenciales y una indicación en la constitución de que la naturaleza exacta de las limitaciones y de qué servicios son "esenciales" deben ser definidos por ley. Por ejemplo, en España, el poder legislativo puede limitar o prohibir la sindicalización de miembros del ejército u otras fuerzas de seguridad, y establecer condiciones especiales para la sindicalización de los funcionarios públicos (art. 28(1)).

En algunos casos, se han incluido en las constituciones determinadas medidas que afectan al equilibrio de poder entre trabajadores y empleadores. La Constitución de Portugal, por ejemplo, prohíbe los cierres patronales y prohíbe a la legislatura limitar el alcance de los intereses que pueden defenderse mediante una huelga (art. 57). En cambio, la Constitución de Suiza permite expresamente la formación de organizaciones de empleadores/organizaciones sectoriales y prohíbe la afiliación obligatoria a sindicatos (art. 28). Si bien tal variación puede no parecer significativa, distinciones como estas pueden tener un gran impacto en la dinámica de poder entre el trabajo y el capital. Se debe prestar mucha atención tanto a la estructura de la economía como a la dinámica histórica de la relación entre ambos para asegurar que se logre el equilibrio adecuado.

Seguro social (incluidas pensiones, desempleo y discapacidad)

Las pensiones para la vejez involucran un conjunto complejo de cuestiones relacionadas con la elegibilidad y la cantidad de los montos, la gestión pública frente a la privada, los requisitos de contribución y los incentivos fiscales. Otros planes de prestaciones sociales relacionados con el desempleo, la discapacidad y la supervivencia implican un conjunto similar de cuestiones. Esta sección divide estas

prestaciones en dos categorías: i) aquellas financiadas al menos en parte por las contribuciones del empleado/empleador y para las cuales la elegibilidad depende de haber contribuido; y ii) aquellas financiadas en gran medida con ingresos generales y para las cuales la elegibilidad depende del cumplimiento de una determinada condición (por ejemplo, tener hijos, tener más de cierta edad) y/o estar por debajo de un cierto nivel de ingresos. Las primeras se analizan en esta sección y las segundas en la sección sobre bienestar social a continuación. Sin embargo, esta distinción es algo artificial, ya que los dos tipos a menudo funcionan en conjunto, con frecuencia respaldados por inversiones privadas complementarias o seguros junto con incentivos fiscales.

No existen garantías constitucionales para las pensiones de vejez o por discapacidad en las constituciones de Australia, Alemania o Nueva Zelanda. Tampoco contienen ningún derecho a prestaciones por desempleo. Tanto la Constitución de Finlandia como la de España ofrecen garantías generales con respecto a la prestación pública de beneficios adecuados durante el desempleo; en España se amplían para cubrir los momentos de dificultad en general (art. 41), y en Finlandia cubren la jubilación o la discapacidad y el nacimiento de un hijo o la pérdida del sostén familiar (sec. 19). Ambas dejan los detalles de elegibilidad, financiamiento y nivel de prestación a la legislación.

La Constitución portuguesa contiene un conjunto de garantías algo más detallado en este ámbito. Consagra explícitamente el derecho de los trabajadores a recibir asistencia sustancial cuando estén desempleados involuntariamente o no puedan trabajar debido a una lesión relacionada con el trabajo (art. 59). Además, encomienda al Estado la organización y subvención de un sistema de seguridad social unificado y descentralizado para proteger a las personas discapacitadas, los adultos mayores, personas viudas o huérfanas (art. 63). También exige que todos los períodos de trabajo, independientemente del sector, se incluyan en el cálculo de los niveles de montos para las pensiones para la vejez y de discapacidad, y garantiza el derecho al permiso por maternidad y un período de licencia del trabajo después del parto para las madres y los padres (artículos 63, 68).

La Constitución suiza contiene las disposiciones más específicas en este ámbito de entre los países de referencia. Los distintos niveles de gobierno están obligados a establecer planes de seguros obligatorios para la vejez, la supervivencia y la discapacidad; el nivel de prestación mínima se requiere para cubrir los gastos básicos de vida y el nivel de prestación máxima no puede exceder el doble del mínimo.¹³ Estos planes se financian mediante una combinación de contribuciones de empleados y empleadores, así como subsidios estatales; estos últimos no pueden ascender a más de la mitad del valor de los desembolsos (artículos 112, 112b, 112c). La Confederación (a diferencia de los cantones¹⁴) también está obligada a crear: i) un plan ocupacional de pensiones obligatorio que, junto con los tres mencionados anteriormente, está destinado a permitir que los jubilados mantengan su “estilo de vida anterior de manera adecuada”; y ii) un plan de seguro de desempleo. Ambos se financian con contribuciones de los empleados y del empleador, con contribuciones del empleador equivalentes al menos a la mitad de las contribuciones de los empleados en el primero y el segundo dividido en partes iguales (artículos 113, 114).

Derechos de los trabajadores: condiciones de trabajo, salarios y descanso

Las normas de salud y seguridad vigentes en el lugar de trabajo se aceptan casi universalmente como limitaciones legítimas a la libertad de contratación y la libre empresa. Los derechos más comunes de este tipo son los de un salario justo, condiciones de trabajo saludables y descanso. Cada uno está presente en más del 30 % de las constituciones del área de la OCDE y casi el 50 % contiene al menos uno de estos derechos. Estos derechos implican la existencia de una economía formal razonablemente bien establecida y, junto con la sindicalización, pueden verse como una capa adicional de protección destinada a permitir que las personas se provean a sí mismas y a su familia medios materiales de subsistencia sin dañar su salud como resultado del exceso de trabajo o de condiciones inseguras.

Las constituciones de Australia, Alemania y Nueva Zelanda no incluyen ninguna protección constitucional explícita en esta área, pero como ocurre con la mayoría de los países miembros de la OCDE, existe una

ley que trata estos asuntos y proporciona a los trabajadores un grado significativo de protección. La protección legal a veces puede ser problemática porque puede ser derogada o enmendada por una mayoría simple de la legislatura correspondiente. Por ejemplo, en varias jurisdicciones, la legislación excluye o permite salarios más bajos para ocupaciones o grupos específicos, como los trabajadores agrícolas o los trabajadores domésticos (ILO, 2020^[9]), a pesar de que esos grupos suelen ser los que más necesitan protección contra la explotación laboral. Sin embargo, al mismo tiempo, la mayoría de las mejoras en las normas laborales durante el siglo pasado se han producido a través de la legislación y no del derecho constitucional.

En Finlandia no hay garantía explícita, pero el estado tiene la tarea de proteger a la fuerza laboral en general (sec. 18). De forma más concreta, el Gobierno de Suiza debe esforzarse por garantizar que todos los que estén en condiciones de hacerlo puedan ganarse la vida trabajando en condiciones justas (art. 41(1)). Las garantías más amplias en este ámbito en el grupo de países de referencia se encuentran en las constituciones de España (artículos 35, 40^[2]) y Portugal (art. 59), las cuales incluyen el derecho a un salario justo o digno, condiciones seguras de trabajo, limitaciones a la duración de la jornada laboral y días periódicos de descanso y vacaciones. En Portugal estos derechos son justiciables; sin embargo, en España, si bien el derecho (y el deber) de trabajar por una remuneración suficiente es justiciable, los demás derechos de este tipo son aspiracionales. Sin embargo, ninguno de los documentos va más allá de las declaraciones generales. Por ejemplo, no se dan detalles sobre lo que constituye un salario justo o el número máximo de horas que se pueden trabajar en un día o una semana. Sin embargo, la naturaleza altamente variable del empleo significa que puede no ser realista delinear un conjunto más específico de protecciones para los trabajadores a nivel de derecho constitucional.

Derechos sociales

Los derechos sociales constitucionales otorgan derechos personales a transferencias tanto en especie como monetarias, generalmente fundamentados en la nacionalidad. En las constituciones contemporáneas, los derechos sociales más comunes son los de educación, salud y prestaciones sociales (frecuentemente vinculados a la vejez o la discapacidad). Además de esto, muchas constituciones también identifican aspectos específicos del bienestar material de las personas que el estado debe garantizar, como los derechos a una vivienda adecuada, agua y una nutrición apropiada. Aunque a menudo existe una superposición con los derechos económicos como el derecho a una pensión basada en contribuciones, estos derechos son distintos en el sentido de que no dependen directamente de la participación en el mercado laboral formal. Además de promover la dignidad humana, los derechos pueden entenderse como facilitadores de la legitimidad (y la estabilidad) democrática en el sentido de que están directamente conectados a proporcionar las condiciones subyacentes necesarias para una participación significativa en la vida política.

Educación

El derecho a la educación es el derecho económico o social más común en el área de la OCDE, presente en el 80 % de las constituciones. A grandes rasgos, las garantías constitucionales relacionadas con la educación son de tres tipos: las relativas a la provisión gratuita de educación básica; las relativas a la accesibilidad a la educación superior; y las relacionadas con la licitud y regulación de la educación privada y/o religiosa.

Aunque Australia, Alemania y Nueva Zelanda tienen educación pública de libre acceso, no está garantizada constitucionalmente. Por otro lado, las constituciones de Finlandia, Portugal, España y Suiza garantizan el derecho a una educación básica gratuita para todos.¹⁵ El derecho a la educación básica aparece en varias constituciones subnacionales en todo el mundo. Por ejemplo, en los Estados Unidos, varias constituciones estatales contienen ese derecho, y ha habido extensos litigios (a menudo exitosos)

sobre la materia en estados tales como Nueva York, Nueva Jersey, Kansas y Washington (Weishart, 2017^[10]).

La educación superior no se aborda en las Constituciones de Australia, Alemania o Nueva Zelanda, y solo se menciona en la Constitución de España para afirmar la autonomía de las universidades. La Constitución de Finlandia garantiza a todos la igualdad de oportunidades para recibir otros servicios educativos de acuerdo con sus capacidades y necesidades especiales. Al igual que con la educación básica, los detalles de cómo lograr esto deben establecerse en la legislación (sec. 16). La Constitución de Suiza también hace referencia a garantizar el acceso a la educación superior sobre la base de la capacidad y contiene disposiciones que permiten las contribuciones de la Confederación a las becas cantonales para la educación superior (arts. 63a, 66), mientras que la Constitución de Portugal encomienda al gobierno la realización progresiva de todos los niveles de educación gratuita, así como la creación de un sistema preescolar, la erradicación del analfabetismo y el acceso a la educación de los niños con discapacidades (art. 74).

Las instituciones educativas privadas, sujetas a la supervisión y regulación estatal, están explícita o implícitamente permitidas en las Constituciones de Finlandia, Alemania, Portugal, España y Suiza. La Constitución de Suiza también contiene varias disposiciones relativas a la promoción de la educación vocacional/profesional, la educación musical, el deporte y la cultura (arts. 64a, 67-69). Con respecto a la educación religiosa, el derecho de los padres a que sus hijos sean educados de acuerdo con sus creencias está garantizado en Alemania (art. 7) y España (art. 27(3)).

Protección de la salud

El derecho a la buena salud está presente en casi el 70 % de las constituciones del área de la OCDE. Las cuestiones clave relacionadas con su consolidación y puesta en marcha tienden a girar en torno al papel del sector privado; la asignación de recursos entre lo que es preventivo (por ejemplo, vacunas, educación sobre salud) y curativo (por ejemplo, cirugía, medicamentos); el alcance de los bienes y servicios que se proporcionarán; la cuestión de la realización progresiva; y cómo el estado debe rendir cuentas por la materialización de la salud. En general, los sistemas públicos de salud operan en conjunto con los centros privados de salud y los proveedores de seguros, pero existen numerosos modelos de diseño de sistemas de salud. La complejidad, el coste y la gravedad de los temas involucrados sugieren cautela con respecto al nivel de detalle que debe incluirse a nivel constitucional.

Australia, Alemania y Nueva Zelanda no constitucionalizan el derecho a la salud, pero proporcionan sustancialmente los servicios relacionados a través de amplios sistemas públicos de salud. La Constitución finlandesa adopta un enfoque sencillo y de alto nivel que estipula que el estado debe garantizar servicios médicos y de salud adecuados para todos, cuyos detalles deben ser proporcionados por la ley (sec. 19). La Constitución suiza exige que los gobiernos nacionales y subnacionales procuren garantizar el acceso a la salud para todos y, dentro de sus respectivas competencias, promuevan la atención médica primaria adecuada y accesible para todos (arts. 41(1) y 117a). Sin embargo, esta obligación se enmarca “como un complemento a la responsabilidad individual y la iniciativa privada”, que se entienden como los principales proveedores de la prestaciones de salud. El gobierno nacional debe establecer un seguro de salud y de accidentes, pero puede decidir si hacer o no obligatoria la participación.

La Constitución española reconoce explícitamente el derecho a la salud y encomienda al estado la supervisión de la salud pública y la responsabilidad de implementar las medidas preventivas adecuadas, así como la provisión de los beneficios y servicios necesarios. Los detalles de estas obligaciones son establecidos por ley (art. 43). La Constitución portuguesa también adopta un enfoque de la salud centrado en el estado, asignando al estado la responsabilidad principal de garantizar el acceso a la atención preventiva, curativa y de rehabilitación, independientemente de la capacidad de pago de las personas. Sin embargo, en vista de la escala de tal compromiso, tanto administrativa como financieramente, el Estado debe *trabajar en pro* en lugar de simplemente “crear” un sistema de salud totalmente público que

sea racional y eficiente (art. 64). El artículo correspondiente de la Constitución también proporciona orientación sobre cómo se debe realizar el derecho, incluso mediante el establecimiento de un servicio nacional de salud con una estructura de gestión descentralizada y participativa y un requisito general para mejorar las condiciones económicas, sociales, culturales y ambientales que beneficiará la salud de la población en su conjunto.

Bienestar social (incluida vivienda, alimentos y agua)

En contraste con los derechos y programas asociados analizados en la sección sobre seguro social, los derechos que se analizan en esta sección se refieren a beneficios en efectivo o en especie disponibles para todos los ciudadanos, en contraposición a aquellos disponibles solo para quienes han contribuido a un esquema de seguro social específico. Históricamente, los programas de este tipo estaban restringidos a los “pobres merecedores” que no se creía capaces de mantenerse por sí mismos. En esa categoría se incluían a menudo las personas viudas, los adultos mayores, los niños pequeños y las personas con discapacidades físicas o mentales. Sin embargo, los hombres sanos tendían a no ser considerados “merecedores”; que no se ganaran la vida con su trabajo se consideraba una falta moral de su parte y su situación no justificaba la caridad de la sociedad. Las actitudes han cambiado de manera importante con respecto a esto. Particularmente desde la Segunda Guerra Mundial ha habido un reconocimiento cada vez mayor, manifestado en la estructura de los beneficios estatales, de que los individuos no están necesariamente subempleados o desempleados debido a alguna falla personal. Junto con el creciente reconocimiento del vínculo entre los ingresos y la dignidad humana, ha habido un apoyo cada vez mayor para, al menos, algún nivel de beneficio universalmente accesible capaz de proporcionar los medios de subsistencia básicos para todos los adultos.¹⁶

Las constituciones de Australia y Nueva Zelanda no consagran ningún derecho de este tipo, aunque como ocurre con la mayoría de las otras categorías aquí analizadas, ambos países tienen un sistema de apoyos sociales básicos.¹⁷ No se encuentra ninguno explícito en la Constitución alemana, pero la jurisprudencia ha dado lugar a un reconocimiento cuasi-constitucional del deber estatal de proporcionar asistencia social a los necesitados.¹⁸ La Constitución finlandesa garantiza los “medios necesarios para una vida digna” a quienes de otro modo no podrían obtenerlos, además de exigir a las autoridades públicas que “promuevan el derecho de toda persona a la vivienda y la oportunidad de organizar su propio espacio de vivienda” (sec. 19).

La Constitución portuguesa contiene un derecho general justiciable a la seguridad social con especial referencia a las personas mayores, que tienen derecho a la seguridad económica independientemente de su elegibilidad para pensiones o seguros basados en contribuciones, y para quienes deben crearse pólizas que brinden oportunidades para la realización personal (arts. 63, 67, 72). También establece que todos tienen derecho a una vivienda de tamaño apropiado y obliga al estado a tomar medidas para cumplir con ese derecho. La Constitución española contiene un conjunto de garantías aspiracionales de derechos de bienestar social casi idénticas a las de Portugal, con dos diferencias principales. La primera es la ausencia de una declaración explícita de que todos tienen derecho a la seguridad social. La segunda es el requisito de que la regulación del uso de la tierra y la prevención de la especulación desempeñen un papel para facilitar la realización del derecho a una vivienda adecuada (art. 47). Tanto la Constitución española como la portuguesa incluyen disposiciones que requieren que el Estado tome medidas para garantizar que las personas con discapacidad puedan disfrutar plenamente de sus derechos.

La Constitución suiza es la más específica en este ámbito de los derechos sociales. Con respecto a la vivienda, la constitución exige que la Confederación y los Cantones otorguen la capacidad a todas las personas para obtener una vivienda apropiada (art. 41(d)). En cumplimiento de este requisito, la Confederación debe prestar especial atención a los intereses de las poblaciones vulnerables al formular políticas destinadas a fomentar la construcción de viviendas. Resulta interesante que no más del 20 % de las unidades residenciales en un área determinada pueden ser segundas residencias (art. 75b). Además,

se otorgan beneficios complementarios a aquellas personas cuyas necesidades básicas no sean satisfechas por los planes de contribuciones obligatorios, por los montos que determine la ley (art. 112a). El Estado también es responsable de administrar la disponibilidad de alimentos y agua potable, aunque no se garantizan derechos específicos sobre ninguno de los dos (arts. 76, 104a).

Varias constituciones también reconocen y abordan los desafíos y vulnerabilidades particulares que experimentan los adultos mayores. Por ejemplo, la Constitución española ordena al Estado que desarrolle un sistema de servicios sociales que apoye a los adultos mayores en cuestiones de salud, vivienda, cultura y ocio (art. 50). Más enérgicamente, la Constitución portuguesa contiene varias garantías justiciables destinadas a fomentar la autonomía y la dignidad continuas de los adultos mayores, incluida la provisión de oportunidades para la “participación activa en la vida comunitaria” (art. 72). La Constitución suiza también contiene disposiciones de este tipo.

También hay que señalar que el derecho a la vivienda ha resultado polémico en varias jurisdicciones, generalmente en relación con los conflictos entre los llamados “ocupantes” de los asentamientos informales y los propietarios de los inmuebles. En algunos países (por ejemplo, Sudáfrica), los tribunales han impedido con frecuencia el desalojo de los habitantes de asentamientos informales hasta que haya un lugar específico para ellos, negando así a los propietarios la reparación de la infracción de sus derechos. Sin embargo, si se determina que el Estado ha tardado demasiado en cumplir su obligación de garantizar un alojamiento alternativo, es posible que el propietario reclame “daños constitucionales” por la imposibilidad de disfrutar de su propiedad (Stuart and Clark, 2016^[11]). Los conflictos de este tipo plantean la cuestión de si los derechos de propiedad deben considerarse absolutos. Por un lado, puede ser problemático violar un derecho (el de la vivienda) para proteger otro (el de la propiedad), lo que sugiere que debería considerarse alguna forma de equilibrio judicial. Por otro lado, puede existir una preocupación legítima de que no proteger enérgicamente los derechos de propiedad tenga un impacto negativo en la inversión y el crecimiento económico.

Derechos culturales

Un número creciente de jurisdicciones ha agregado protecciones constitucionales para proteger aspectos de la cultura. Estos incluyen derechos para mantener la identidad del grupo a través del idioma y la cultura; derechos para el desarrollo de comunidades específicas; y derechos específicos para las comunidades indígenas. Muchos de estos derechos han sido reconocidos en el derecho internacional, incluida la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Dichos derechos difieren de los derechos contra la discriminación más tradicionales (como el derecho a no sufrir discriminación por motivos de género, raza u orientación sexual) que protegen a las personas.

Idioma y cultura

Muchas constituciones protegen los derechos a la cultura y el idioma, aunque la forma diversa en que se expresan sugiere diferentes propósitos. En algunos casos, las protecciones parecen estar dirigidas a grupos mayoritarios. Por ejemplo, la Constitución de Portugal protege el “derecho a la educación y la cultura” general de las personas (art. 73), así como “el derecho al disfrute y la creación, junto con el deber de preservar, defender y mejorar el patrimonio cultural” (art. 78). En otras jurisdicciones, los derechos culturales están dirigidos principalmente a grupos minoritarios o destinados a fomentar la diversidad cultural. En España la constitución establece que “todos tienen derecho” a la cultura (art. 44 (1)), y el preámbulo establece que el Estado “protegerá a todos los españoles y pueblos en el ejercicio de los derechos humanos, de su cultura, tradiciones, lenguas, e instituciones”. Además, el artículo 3 de la Constitución española establece el castellano como lengua oficial del estado, pero también declara como oficiales las demás lenguas españolas en las respectivas Comunidades Autónomas y proclama que “la riqueza de las diferentes modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección”. De manera similar, en Canadá la constitución contiene una cláusula que

exige que “se interprete de manera compatible con la preservación y mejora del patrimonio multicultural de los canadienses” (art. 27). Del mismo modo, la declaración de derechos cuasi constitucional de Nueva Zelanda protege los derechos de los miembros de minorías “en comunidad con otros miembros de esa minoría, a disfrutar de la cultura, a profesar y practicar la religión o a utilizar el idioma de esa minoría” (secc. 20) a través de una revisión constitucional débil. Existen protecciones similares en las leyes de derechos humanos de dos unidades subnacionales en Australia (Victoria y Queensland).

Derechos de los indígenas

El reconocimiento de los pueblos indígenas en las constituciones se puede lograr de muchas formas diferentes. A veces, esto será a través del reconocimiento del autogobierno indígena como parte de la distribución vertical del poder del Estado, que se analiza con más detalle en el Capítulo 5. Los pueblos indígenas también pueden estar protegidos constitucionalmente, a menudo a través de derechos generales a la cultura y el idioma. Sin embargo, algunas constituciones reconocen el lugar especial de los pueblos indígenas al establecer explícitamente los derechos constitucionales de los indígenas.

Las disposiciones sobre derechos indígenas son comunes en América Latina. Por ejemplo, la Constitución de México incluye protecciones importantes para los pueblos indígenas, incluidos los derechos de representación, voto, educación y salud. También garantiza sus derechos a la autodeterminación, el autogobierno y el desarrollo (art. 2). Muchos de estos derechos también están reconocidos en el derecho internacional;¹⁹ entre otras cosas, enfatizan los derechos de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado sobre el uso de su tierra u otros recursos. Este enfoque también se refleja en las decisiones de algunos tribunales constitucionales, que exigen que los estados se “involucren de manera significativa” con los grupos indígenas antes de tomar decisiones que afecten su bienestar o autodeterminación (Rodríguez-Garavito and Kauffman, 2014, pp. 46-49^[12]).

Otros países miembros de la OCDE también incluyen protecciones específicas para los pueblos indígenas. La Constitución finlandesa contiene protecciones específicas para la cultura y el idioma del pueblo Sami (art. 17) y la Constitución canadiense protege los derechos de las Primeras Naciones a la tierra garantizados por tratados (art. 35). También estipula que los derechos y libertades de los indígenas de los tratados no se ven afectados por otros derechos garantizados en la constitución (art. 25).

En Nueva Zelanda, los derechos de los maoríes también se consideran protegidos por la constitución. El Tratado de Waitangi, el tratado fundador entre la Corona británica y representantes maoríes, tiene rango constitucional e influye en la interpretación y aplicación de la ley de Nueva Zelanda (Ministerio de Justicia de Nueva Zelanda, 2020^[13]). Los maoríes también tienen garantizados los derechos a una representación parlamentaria mínima en virtud de la ley electoral cuasi constitucional del país. En Australia, la carta de derechos cuasi constitucionales del estado de Victoria establece que “las personas aborígenes tienen derechos culturales distintos y no se les debe negar el derecho, junto con otros miembros de su comunidad”, a bienes como la identidad, la cultura, el idioma, los lazos de parentesco y el mundo natural (art. 19(2)).

Los derechos culturales e indígenas se interrelacionan con los derechos sociales y económicos mencionados anteriormente. A veces, los derechos culturales exigen que otros derechos se ejerzan de forma coherente con la cultura o la lengua de un grupo concreto. Por ejemplo, el artículo 23 de la Constitución de Canadá establece que los niños anglófonos o francófonos tienen derecho a recibir educación en su primera lengua, y el artículo 2(B)(III) de la Constitución de México especifica los derechos sanitarios de los pueblos indígenas, incluido el apoyo a la medicina tradicional. Disposiciones como éstas pueden garantizar que los bienes sociales y económicos no se proporcionen de forma incompatible con los derechos culturales, como las políticas educativas que suprimen las culturas indígenas, o las políticas de vivienda que no se adaptan a las culturas minoritarias. Sin embargo, en algunos casos, los derechos culturales han entrado en conflicto con la provisión de bienes económicos y sociales por parte de los estados. Por ejemplo, en 2013 la Suprema Corte de Justicia de México determinó que un importante

proyecto de infraestructura, que habría suministrado agua a la ciudad de Hermosillo, violaba los derechos de la tribu indígena yaqui a ser consultada sobre el proyecto, de acuerdo con sus propios hábitos y costumbres *Acueducto Independencia*, (2013^[14]).

Derechos emergentes o “nuevos”

Los derechos analizados en esta sección abordan cuestiones importantes que surgen del desarrollo tecnológico, una mejor comprensión del mundo, la globalización y el cambio de actitudes sobre la importancia y el respeto por la diversidad y la diferencia, tanto natural como cultural. Su relativa “novedad” no debe tomarse como signo de que, de alguna manera, son menos importantes que los derechos más comúnmente constitucionalizados. El Recuadro 3.2 proporciona ejemplos de derechos incluidos en constituciones nuevas y progresistas de todo el mundo.

Recuadro 3.2. Constituciones recientes en el mundo: puntos de vista progresistas

Si bien este informe analiza principalmente las disposiciones constitucionales de los países miembros de la OCDE, reconoce que muchas de las nuevas constituciones y enmiendas constitucionales recientes se han adoptado en otros lugares, en países considerados socios clave de la OCDE en todo el mundo. Estas constituciones contemporáneas muestran ejemplos de enfoques progresistas a una serie de temas clave cubiertos en este informe, algunos de los cuales se destacan a continuación:

1. *Bienestar*: no existe una definición única de bienestar, aunque la mayoría de los enfoques coinciden en que se trata de un concepto multidimensional que abarca dimensiones materiales y no materiales.²⁰ Algunos países han integrado una idea similar a la del bienestar en sus constituciones, por ejemplo Sudáfrica (Capítulo III), Bolivia (art. 8) y Ecuador (art. 3 y Capítulo II), en estos últimos casos denominados “buen vivir”.
2. *Participación ciudadana*: la Constitución de Brasil de 1988, tras una reforma de 2020, establece que el gobierno garantizará la participación de la sociedad en el proceso de formulación, seguimiento, control y evaluación de las políticas sociales (art. 193). La Constitución ecuatoriana contiene un capítulo sobre participación en la democracia, con varios artículos que describen las formas de participación ciudadana y de los interesados para asegurar que “la ciudadanía, individual y colectivamente, participe como protagonista en la toma de decisiones, la planificación y la gestión de los asuntos públicos...” (art. 95). Más recientemente, en 2019 la Constitución subnacional de la Ciudad de México incluyó el derecho al buen gobierno a través de iniciativas de gobierno abierto (artículos 60 y 26).
3. *Igualdad de género*: en Túnez, el estado garantiza la igualdad de oportunidades de acceso para mujeres y hombres a todos los niveles de responsabilidad en todos los ámbitos, incluido el logro de la paridad en las asambleas electas. También destaca que el Estado tomará todas las medidas necesarias para erradicar la violencia contra la mujer (art. 46). En Bolivia, la Constitución establece que las mujeres tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, ni en la familia ni en la sociedad (art. 15.II) y que el Estado debe prevenir, erradicar y sancionar la violencia sexual, o cualquier forma de sufrimiento físico, sexual o psicológico, ya sea en el ámbito público o privado (art. 15.III). La Constitución también establece que la elección interna de los dirigentes y candidatos de las asociaciones ciudadanas y de los partidos políticos garantizará la participación igualitaria de hombres y mujeres (art. 210). En Namibia, la constitución establece que el parlamento promulgará leyes teniendo en cuenta el hecho de que las mujeres en ese país han sufrido tradicionalmente una discriminación especial y que deben ser alentadas y capacitadas para desempeñar un papel pleno, igualitario y efectivo en los ámbitos políticos, sociales, económicos y de vida cultural de la nación (art. 23.2).

4. *Derechos reproductivos y familiares*: la Constitución de Paraguay protege "el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente el número y la frecuencia del nacimiento de sus hijos así como a recibir, en coordinación con los organismos pertinentes educación, orientación científica y servicios adecuados, en la materia." (art. 61); la Constitución de Venezuela establece que "las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho" (art. 76). En el caso de Brasil, la Constitución establece que "las parejas son libres de decidir sobre la planificación familiar; corresponde al Estado proporcionar recursos educativos y científicos para el ejercicio de este derecho, prohibiendo cualquier coacción por parte de instituciones oficiales o privadas" (art. 226.7).

Derechos ambientales

La mayoría de constituciones incluyen disposiciones ambientales. En 2012, 147 constituciones protegían el medio ambiente de alguna forma (Boyd, 2012_[15]). Esto incluye disposiciones que implicaban: i) *derechos* exigibles a la calidad ambiental (como un medio ambiente "limpio", "saludable" o "libre de contaminación"); ii) *obligaciones* estatales de proteger el medio ambiente o principios ambientales; iii) derechos u obligaciones específicos que abordan cuestiones ambientales (como los bosques o las generaciones futuras); y iv) "derechos de la naturaleza". Los derechos ambientales también han sido reconocidos como aspectos de otros derechos constitucionales, como el derecho a la vida o la dignidad humana (Boyd, 2011_[16]). Los problemas ambientales también se ven afectados por otros derechos humanos. Por ejemplo, el derecho a la salud podría requerir que los gobiernos se aseguren de que haya aire y agua limpios; los derechos procesales pueden ayudar a las personas a acceder a información sobre el medio ambiente; y los derechos indígenas pueden empoderar a los pueblos indígenas para proteger sus tierras y recurrir contra el daño ambiental.

La forma más común de protección constitucional es el derecho individual a la calidad ambiental. En ocasiones, el derecho se asocia con el deber de defender el medio ambiente, como es el caso de Portugal: "toda persona debe tener el derecho a un entorno de vida humana sano y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo" (art. 66(1)).

En algunos países, el derecho es justiciable: se pueden presentar demandas contra el gobierno en los tribunales. Por ejemplo, la Constitución portuguesa especifica que pueden presentarse demandas medioambientales en interés del público en general mediante un proceso simplificado denominado *actio popularis* (art. 52(a)). Las constituciones de varios países latinoamericanos, incluidos Colombia y México, permiten que estos derechos se hagan cumplir a través de reclamaciones individuales simplificadas (procedimientos de tutela o amparo). En Colombia también pueden ser reclamados a través de acciones colectivas tales como la acción popular. Además, pueden constituir restricciones sobre otros derechos constitucionales, especialmente los derechos de propiedad. Los tribunales han interpretado que la Constitución finlandesa permite la privación de la propiedad cuando dicha privación es proporcional a los beneficios ambientales (KHO, 2014_[17]).

Los derechos ambientales también pueden adoptar la forma de derechos procesales. Estos derechos protegen el acceso a la información, la participación y la justicia. Por ejemplo, la Constitución finlandesa garantiza a los ciudadanos el derecho a "influir en las decisiones relativas a su propio entorno de vida" (art. 20). Esta obligación se ha implementado en varias leyes y se ha utilizado para apelar decisiones ambientales en los tribunales finlandeses.

En algunos países, los derechos ambientales no son justiciables. En cambio, los poderes legislativos y ejecutivos están obligados a respetar los derechos ambientales a través de las leyes y reglamentos, como es el caso en España (arts. 45(1), 53(3)). La legislatura española ha promulgado leyes medioambientales de conformidad con el artículo 45(1), que especifica los derechos que pueden hacerse valer. Otras

constituciones imponen obligaciones al Estado, en lugar de garantizar los derechos individuales. Las constituciones de Alemania y Suiza exigen que las autoridades públicas “protejan los fundamentos naturales de la vida y los animales” (Alemania, art. 20A) y “legislen sobre la protección de la población y su medio ambiente natural” (Suiza, art. 74). En ambos casos, los gobiernos han aprobado leyes y reglamentos que hacen referencia a estas directivas.

En lugar de proteger “el medio ambiente” en general, algunas constituciones describen derechos y deberes ambientales detallados. En 2004, la Constitución de Francia fue enmendada para incluir una Carta del Medio Ambiente de diez artículos justiciable; y se está llevando a cabo un cambio constitucional (a través de la propuesta de la Convención Ciudadana por el Clima) para reformar la Constitución e incluir en el primer artículo una obligación estatal de asegurar la preservación de la biodiversidad, el medio ambiente y la lucha contra el cambio climático.²¹ El artículo 66(2) de la Constitución portuguesa contiene tanto una disposición de derechos generales (artículo 66(1)) como un conjunto de responsabilidades más específicas relacionadas con la contaminación, la conservación y la educación, mientras que los artículos 73 a 80 de la Constitución suiza establecen un conjunto detallado de directrices para la implementación federal y subnacional, incluidos los temas como la planificación espacial, el agua, los bosques y la conservación. Diversas constituciones también incluyen el derecho al agua potable limpia (por ejemplo, la de Sudáfrica). Otros, como el art. 20a en Alemania y art. 73 en Suiza, incluyen derechos u obligaciones contraídas con las “generaciones futuras”, disposiciones relativas a la “sostenibilidad” o la obligación de salvaguardar los recursos para su uso futuro. El concepto de sostenibilidad está relacionado con el tema de la “justicia ambiental”, cuyos derechos requieren que los estados presten atención a las formas en que se distribuyen los daños y beneficios ambientales; por ejemplo, entre raza, género y clase. La justicia ambiental también requiere expandir la definición de “ambiente” para incluir lugares cotidianos donde la gente vive, juega y trabaja (por ejemplo, la ubicación justa de las instalaciones de desechos, en lugar de enfocarse solo en los parques nacionales y la preservación de especies) (Schlosberg, 2007^[18]).

Recientemente, varios países han asignado derechos a fenómenos naturales específicos como ríos o bosques. Estos derechos permiten a las personas iniciar procesos judiciales y el establecimiento de órganos para gobernar, en nombre de la naturaleza. Dichos derechos se encuentran en la constitución de Ecuador (arts. 71-74), la ley de Nueva Zelanda y decisiones judiciales colombianas (Centro de Estudios de Justicia Social y otros v. Presidencia de la República, 2016^[19]).

Los derechos medioambientales pueden entrar en ocasiones en conflicto con otros derechos, como el derecho a la propiedad. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Hungría ha considerado que, en el contexto de la conservación de los bosques, los derechos y principios medioambientales son lo suficientemente importantes como para superar los derechos de propiedad privada (*Primer Caso de los Bosques, 1994; Segundo Caso de los Bosques, 2020*). En Sudáfrica, el Tribunal Constitucional ha aplicado el concepto de “desarrollo sostenible” como forma de equilibrar proporcionalmente los derechos medioambientales y las consideraciones contrapuestas, como el derecho al desarrollo (*Fuel Retailers Association v. Director General, Environmental Management, 2007*). Por último, los derechos y las políticas medioambientales pueden alinearse con los derechos de los indígenas o entrar en conflicto con ellos. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha determinado que la contaminación de los ríos suele violar tanto los derechos indígenas como los ambientales (Centro de Estudios de Justicia Social y otros v. Presidencia de la República, 2016^[19]). Por otra parte, los programas gubernamentales que tienen como objetivo mejorar el medio ambiente -como los desarrollos de energía renovable- pueden violar los derechos de los pueblos indígenas a gestionar sus propias tierras, o a que se les conceda un proceso de consentimiento que sea libre, previo e informado. Este ha sido el caso de México, donde el desarrollo de un parque eólico fue bloqueado por la Corte Suprema por considerar que violaba los derechos de los indígenas (*Caso de los Parques Eólicos, 2018*), antes de que se permitiera posteriormente su desarrollo.

Derechos de la mujer e igualdad de género

Las constituciones pueden desempeñar un papel importante en el logro de la igualdad de género al incluir disposiciones que protejan y hagan cumplir los derechos de la mujer, y al consagrar disposiciones que orienten la elaboración de leyes y políticas para promover características particulares de la igualdad de género. Si bien las cláusulas de igualdad de género y no discriminación son muy comunes como compromisos constitucionales con la igualdad formal, la tendencia actual en el constitucionalismo global es incluir disposiciones específicas de género que pueden promover la igualdad sustantiva. Partiendo de la premisa de que la igualdad formal es necesaria pero no suficiente para lograr la igualdad entre hombres y mujeres, las disposiciones constitucionales reflejan cada vez más la idea de “igualdad de resultados”. En este contexto, pueden reconocer la posición desigual de las mujeres en la sociedad “para que puedan aprovechar (el acceso a) oportunidades y recursos”.²²

El estilo de redacción de género en muchas constituciones modernas refleja cada vez más el uso de un lenguaje neutral al género. Los casos de las constituciones de los países de la OCDE en estudio reflejan esta tendencia: Finlandia, Suiza, Nueva Zelanda, Alemania y Colombia utilizan un lenguaje neutro en cuanto al género.

Además, algunas constituciones establecen disposiciones que reconocen la importancia de que haya mujeres en el gobierno, o disposiciones que reconocen la obligación del estado de abordar la igualdad de la mujer en diferentes esferas. Por ejemplo, en el caso de Portugal, la constitución establece que una “tarea fundamental del Estado” es promover la igualdad entre hombres y mujeres (art. 9). En Austria, “la Federación, los *Länder* y los municipios suscriben la igualdad de facto entre hombres y mujeres. Las medidas para promover la igualdad de hecho entre mujeres y hombres son admisibles, en particular eliminando las desigualdades realmente existentes” (art. 7.2). La Constitución francesa establece que “los estatutos promoverán la igualdad de acceso de mujeres y hombres a los cargos de elección” (art. 1), y en su preámbulo menciona que “la ley garantiza a las mujeres iguales derechos que a los hombres en todos los ámbitos”.

En las siguientes secciones se examinan las prácticas constitucionales con inclusión de género en relación con la igualdad de género y los derechos de la mujer, prestando especial atención a las constituciones y documentos cuasi constitucionales de Australia, Finlandia, Alemania, Nueva Zelanda, Portugal, España, Suiza y Colombia.

Marco de la igualdad de género

Las disposiciones sobre igualdad de género de las constituciones pueden reflejar compromisos con la igualdad tanto formal como sustantiva. La igualdad formal se aborda mediante la inclusión de disposiciones de no discriminación que prohíben la discriminación por motivos de sexo y género, así como disposiciones de igualdad que establecen que todos son iguales ante la ley, haciendo hincapié en la igualdad entre hombres y mujeres. Un enfoque de igualdad sustantiva toma en consideración las diferencias entre hombres y mujeres. Las disposiciones de igualdad sustantiva tienen como objetivo abordar cómo las mujeres pueden encontrarse en una posición desigual para acceder a áreas específicas de la vida social como el empleo o la educación, a menudo debido a tendencias históricas. En consecuencia, las disposiciones que tienen como objetivo la igualdad sustantiva a menudo apuntan a la igualdad de acceso a las oportunidades y la igualdad de resultados mediante el reconocimiento de que la igualdad de trato por sí sola puede no dar lugar a resultados similares para las mujeres en comparación con los hombres.

Las constituciones de Suiza, Finlandia, Alemania y Colombia incluyen una declaración explícita de que hombres y mujeres son iguales. Estas disposiciones constitucionales también abordan un objetivo específico sobre la igualdad sustantiva que debe alcanzar el estado. Por ejemplo, en el caso de Suiza, la constitución ordena que “hombres y mujeres tienen los mismos derechos” y que “la ley garantizará su

igualdad... en la familia, en la educación y en el lugar de trabajo. Hombres y mujeres tienen derecho a recibir salarios iguales por trabajo de igual valor” (art. 8.3). La Constitución de Finlandia también indica que “se promueve la igualdad de sexos en la actividad social y la vida laboral, especialmente en la determinación de la remuneración” (secc. 6). La Constitución de Alemania establece que “hombres y mujeres tienen los mismos derechos. El Estado promoverá la implementación efectiva de la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y tomará medidas para eliminar las desventajas que actualmente existen” (art. 3). Finalmente, la constitución de Colombia establece que “mujeres y hombres tienen iguales derechos y oportunidades... durante sus períodos de embarazo y después del parto, las mujeres se beneficiarán de la asistencia y protección especial del Estado” (art. 43).²³

Todas las constituciones de los países de la OCDE en el estudio incluyen disposiciones de no discriminación que prohíben la discriminación basada en una serie de factores, incluido el género o el sexo.²⁴ El reconocimiento constitucional de múltiples motivos de discriminación tiene el potencial de exigir que los estados promulguen leyes y políticas que puedan enfrentar la desigualdad de género en sus distintos niveles. En este contexto, las cláusulas de no discriminación suelen especificar que la discriminación está prohibida por “uno o más motivos” y pueden incluir una lista abierta de otros tipos de factores discriminatorios que se intersectan con el género o el sexo como la raza, la religión, el origen y el idioma.²⁵

Derechos de las mujeres

La regulación constitucional de los *derechos políticos* de las mujeres incluye disposiciones relacionadas con su participación y representación en el sistema político. Por lo general, estas disposiciones están orientadas a aumentar la participación de las mujeres en los partidos políticos y garantizar su inclusión en las estructuras de toma de decisiones en los poderes legislativo, judicial y ejecutivo. Por ejemplo, Portugal afirma que “la participación directa y activa en la política de hombres y mujeres es un instrumento fundamental para la consolidación del sistema democrático, y la ley promoverá tanto la igualdad en el ejercicio de los derechos cívicos y políticos como la ausencia de discriminación por motivos de género para el acceso a cargos políticos” (art. 109). Asimismo, la Constitución de Colombia establece que las autoridades estatales “garantizarán la participación adecuada y efectiva de las mujeres en los niveles de toma de decisiones de la administración pública” (art. 40). De igual forma, la constitución de Bélgica establece que “la ley, la ley federativa o la norma a que se refiere el artículo 134 garantiza que las mujeres y los hombres puedan ejercer en igualdad de condiciones sus derechos y libertades, y en particular promueve su igual acceso a los cargos de elección y públicos” (art. 11). La constitución de Italia establece que “cualquier ciudadano de cualquier sexo es elegible para cargos públicos y cargos electos en igualdad de condiciones... la República adoptará medidas específicas para promover la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres” (art. 51).

La protección constitucional de los derechos sociales y económicos de las mujeres tiene como objetivo promover la igualdad sustantiva, ya que puede abordar las desigualdades específicas entre hombres y mujeres en relación con la educación, la propiedad, el empleo (incluida la igualdad en la remuneración y las protecciones relacionadas con la maternidad) y la participación de las mujeres en actividades económicas. Por ejemplo, la Constitución española establece, en relación con el derecho al empleo, que “en ningún caso las personas podrán ser discriminadas por motivos de su sexo” (secc. 35). Asimismo, Portugal establece que el Estado deberá implementar políticas destinadas a crear las condiciones para evitar “la exclusión o limitación de acceso por motivos de género a cualquier puesto, trabajo o categoría profesional” (art. 58). Los trabajadores, independientemente de su sexo, tienen derecho a una remuneración que respete el principio de igualdad de salarios por trabajo igual, y que el Estado debe garantizar “protección especial relacionada con el empleo para las mujeres durante el embarazo y después del parto” (art. 59). La Constitución colombiana también establece que la legislación laboral correspondiente “tendrá en cuenta al menos los siguientes principios mínimos fundamentales: ... protección especial de las mujeres, madres y trabajadores menores de edad” (art. 53).

Algunos países también implementaron disposiciones constitucionales que tienen como objetivo proteger el derecho de la mujer a la salud, lo que puede incluir la obligación del estado de brindar acceso a la salud, incluida la planificación familiar y el aborto. Por ejemplo, Portugal incluye una disposición que garantiza “el derecho a la planificación familiar promoviendo la información y el acceso a los métodos y medios necesarios para ello y organizando los arreglos legales y técnicos necesarios para que la maternidad y la paternidad se planifiquen conscientemente” (art. 67.d).²⁶ La Constitución de la República Checa establece que “las mujeres, los adolescentes y las personas con problemas de salud tienen derecho a una mayor protección de su salud en el empleo y a condiciones laborales especiales” (art. 29.1), mientras que la Constitución de la República de Eslovaquia menciona que “las mujeres, los menores de edad y las personas con problemas de salud tienen derecho a una mayor protección de su salud en el empleo, así como a condiciones especiales de trabajo”(art. 38.1). Algunas constituciones reconocen el derecho de la mujer a una *vida libre de violencia* y discriminación. Este derecho protege a las mujeres de la violencia de género, “uno de los abusos de derechos humanos más sistemáticos y generalizados” en todo el mundo.²⁷ La Constitución colombiana establece en su artículo 43 que la mujer no puede ser objeto de ningún tipo de discriminación. A pesar de no mencionar específicamente la violencia de género, indica que “cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva (...) y será sancionada conforme a la ley” (art. 42).

La capacidad reproductiva de las mujeres está relacionada con su capacidad para tomar decisiones relacionadas con su cuerpo y su salud en general. Desde esta perspectiva, *el derecho de las mujeres a la salud y al acceso a la atención sanitaria* es importante para proteger su capacidad de decisión en temas reproductivos. Las disposiciones constitucionales que pretenden proteger este derecho pueden incluir la obligación del Estado de proporcionar acceso a la asistencia sanitaria, incluida la planificación familiar y el aborto. En este contexto, Portugal incluye una disposición que garantiza que “Con el fin de proteger a la familia, el Estado se encargará especialmente: (...) d) en relación con la libertad individual, garantizar el derecho a la planificación familiar, promoviendo la información y el acceso a los métodos y medios necesarios para ello, y organizando los dispositivos jurídicos y técnicos necesarios para que la maternidad y la paternidad sean conscientemente planificadas”. (art. 67.d).

Como ocurre en el caso de Portugal, algunos países de la OCDE incluyen disposiciones que protegen a la familia como institución. Algunos países, como Colombia y México, mencionan que es obligación del Estado proteger e incluso promover la familia, sin embargo, también incluyen una disposición sobre el respeto a la planificación familiar para proteger el derecho de las parejas o individuos a decidir cuándo y cuántos hijos quieren tener. En el caso de Colombia, por ejemplo, en el marco de la protección de la familia, la Constitución establece que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” (art. 42). En el caso de México, la Constitución establece que “toda persona tiene derecho a decidir, de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”. (art. 4). Estas normas pueden interpretarse como la protección del derecho de las mujeres a tomar decisiones en relación con la reproducción y sobre el número de hijos a tener.

Medidas especiales

Si bien la erradicación de la discriminación es importante para lograr la igualdad de género, el compromiso de lograr la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres a menudo exige que los estados tomen medidas especiales que pueden incorporarse en la constitución. Las disposiciones pueden incluir la aprobación de leyes, políticas o programas destinados a otorgar un trato preferencial a las mujeres que puede ser temporal (por ejemplo, cuotas) o permanente (por ejemplo, atención de la salud materna, permiso parental), o que proporcionen incentivos dirigidos a las mujeres en el ejercicio de los derechos mencionados anteriormente (por ejemplo, programas de educación).

Aparte de los ejemplos de medidas especiales mencionados en los apartados anteriores, las constituciones en estudio incluyen otro tipo de medidas. Por ejemplo, en España, la constitución ordena en términos generales la “protección especial de las madres” (art. 39.2), mientras que en Suiza se establece la creación de un plan de seguro de maternidad (art. 116.3). Asimismo, la constitución de

Portugal protege a las madres y establece que “las mujeres tendrán derecho a una protección especial durante el embarazo y después del parto, y las trabajadoras también tendrán derecho a un período apropiado de permiso del trabajo sin pérdida de remuneración o privilegio alguno” (art. 68). Nueva Zelanda también otorga un trato preferencial a las mujeres durante el embarazo o el parto.²⁸

Implementación

Los mecanismos de implementación de los derechos de la mujer y la prohibición de la discriminación por motivos de género pueden hallarse en los sistemas más amplios de protección de los derechos fundamentales habilitados en las constituciones en estudio. Más allá de estos mecanismos, las constituciones pueden establecer una comisión nacional de mujeres o de género u otra institución a cargo de desarrollar una agenda o política nacional sobre género y derechos de las mujeres. Por ejemplo, la constitución de Suecia incluye una disposición que autoriza a la Comisión del Mercado Laboral a preparar asuntos relacionados con la “igualdad entre mujeres y hombres, en la medida en que estos asuntos no correspondan a ningún otro comité para prepararlos” (art. 13). Muchos otros países optan por confiar en otros tipos de legislación para establecer los mecanismos de género.

Derechos de la niñez y la juventud

Muchas constituciones reconocen los derechos de los niños y los jóvenes (CYP, por sus siglas en inglés).²⁹ Algunos estados han reconocido que los CYP son vulnerables debido a su relativa falta de poder e incapacidad para votar. Por lo tanto, los CYP a menudo dependen de los adultos. Las constituciones frecuentemente exigen que el estado reconozca estándares mínimos de derechos para los CYP, especialmente cuando el estado regula el cuidado de la niñez y las familias. Como se señaló anteriormente, muchas constituciones también reconocen los derechos de las “generaciones futuras” como parte de los derechos ambientales. Los derechos de los CYP también están relacionados con los derechos a la seguridad social, la salud y la educación mencionados anteriormente. Además, los CYP a menudo estarán protegidos por derechos fundamentales contra la discriminación por motivos de edad. Los derechos de los CYP también son prominentes en el derecho internacional. La Convención sobre los Derechos del Niño es uno de los tratados internacionales de derechos humanos más reconocidos.

Las constituciones tienden a equilibrar los derechos de los niños a un nivel mínimo de cuidado (y el papel del estado en garantizar ese cuidado) con los derechos de los padres a criar a sus hijos como mejor les parezca (por ejemplo, de acuerdo con creencias religiosas o culturales). Muchas constituciones abordan este equilibrio afirmando que los padres tienen *derechos*, pero también *obligaciones*. Por ejemplo, la Constitución alemana establece que “el cuidado y la crianza de los hijos es un derecho natural de los padres y un deber que les incumbe principalmente. El Estado velará por ellos en el cumplimiento de este deber” (art. 6). El artículo 6(3) permite que el estado separe a los niños de sus padres o tutores, pero solo si “no cumplen con sus obligaciones o si los niños corren peligro de sufrir negligencia grave”. El artículo 37 de la Constitución portuguesa aclara que “los padres tendrán el derecho y la obligación de educar y mantener a sus hijos” y limita las circunstancias en las que los niños pueden ser separados de sus padres. La Constitución española reconoce derechos similares a modo de aspiraciones.

Muchas constituciones también contienen derechos individuales para los CYP. La Constitución finlandesa protege el derecho de los niños a ser tratados como iguales y a “influir en los asuntos que les atañen hasta el grado que corresponda a su nivel de desarrollo” (art. 6). Además de un derecho general a la protección, la Constitución portuguesa también contiene un lenguaje específico sobre el desarrollo de los CYP, el trabajo infantil, la educación, la vivienda y el ocio (arts. 69-70). La Constitución suiza también exige que el estado “tenga en cuenta la necesidad especial de los niños y los jóvenes para que reciban estímulo y protección” (art. 67) para promover su desarrollo (art. 11).

Algunas constituciones protegen los derechos de los CYP en el sistema de justicia penal. La Ley de Derechos de Nueva Zelanda de 1990, una ley que tiene importancia constitucional, garantiza “el derecho, en el caso de un niño, de ser tratado de una manera que tenga en cuenta la edad del niño”, siempre que los niños sean acusados formalmente de un delito (sección 25). Se incluyen derechos similares en los estatutos de varios estados australianos. Diversas constituciones, incluidas las de Alemania (art. 6 (5)) y Portugal (art. 36 (4)), prohíben la discriminación contra los niños por haber sido engendrados dentro o fuera del matrimonio.

Derechos digitales, de tecnologías emergentes y el derecho a la privacidad

A medida que las tecnologías digitales se utilizan cada vez más en las actividades diarias de las personas, los gobiernos y las empresas, surgen oportunidades para mejorar la eficiencia, la transparencia y la inclusión de su uso. Junto a las nuevas oportunidades, el gobierno digital, la economía y la sociedad también generan riesgos en términos de ética, privacidad, seguridad y equidad. Los gobiernos tienen un papel fundamental que desempeñar para garantizar que la disrupción digital en curso no dañe los derechos fundamentales y los pilares de las sociedades democráticas. Es necesario que existan marcos legales y regulatorios que permitan a los gobiernos aprovechar las oportunidades y navegar por la complejidad provocada por la transformación digital (OECD, 2014^[20]). Por ejemplo, las interacciones en línea han llevado derechos existentes, como los relacionados con la libertad de expresión y la privacidad, a nuevas dimensiones. Las nuevas tecnologías también han generado nuevos derechos potenciales como el acceso a Internet y la protección del material genético. La vigencia y el respeto de los derechos fundamentales y los valores democráticos en el ámbito digital adquieren así una relevancia creciente, y en algunos casos esto se refleja en el texto constitucional.

Muchas constituciones incluyen protecciones generales de privacidad, cuya importancia se ha exacerbado con el aumento de los riesgos para la privacidad que supone el uso de las herramientas digitales. Los ejemplos incluyen Portugal (art. 26 (1)), España (art. 18) y Alemania (arts. 1, 2, 10). En cada uno de estos países, el derecho a la privacidad es exigible a través de una revisión judicial intensa (fuerte). En el Reino Unido y en dos estados australianos, la privacidad está protegida mediante una revisión judicial leve (débil).

Los tribunales a menudo han interpretado el derecho general a la privacidad, así como otros derechos constitucionales, como la protección de datos personales. El Tribunal Constitucional de Alemania ha interpretado las garantías constitucionales de “personalidad” y “dignidad” como el derecho de una persona a decidir sobre la divulgación y el uso de sus datos personales. Al hacerlo, ha derogado una legislación incompatible y el gobierno alemán ha legislado sobre los derechos de privacidad digital de acuerdo con esta interpretación judicial. El razonamiento del Tribunal ha sido influyente en América Latina, donde muchos países, como Argentina (art. 43), han incluido un derecho de “*habeas data*” en su constitución que permite a las personas ver la información que el gobierno tiene sobre ellos.

Otras constituciones contienen disposiciones explícitas. Por ejemplo, la constitución de Suiza establece que “toda persona tiene derecho a ser protegida contra el uso indebido de sus datos personales” (art. 119(2)). Otras constituciones encomiendan a las autoridades públicas la tarea de legislar en esta área. Las constituciones de Finlandia (art. 10) y Portugal (art. 26) contienen derechos generales de privacidad y legislaciones directas para promulgar leyes de protección de datos. El artículo 35 de la constitución de Portugal también contiene un conjunto amplio y específico de protección de la privacidad de los datos, que combina derechos individuales (como el derecho de una persona a “acceder a todos los datos informáticos que le conciernen” (art. 35 (1)) y directivas (“la ley definirá el concepto de datos personales” (art. 35(2))).

Otras disposiciones constitucionales reflejan problemas específicos planteados por las nuevas tecnologías. Un ejemplo es el uso de materiales genéticos. En Portugal, el artículo 26 dispone que la ley “garantizará la dignidad personal y la identidad genética de la persona humana”. Esta directiva también

se encuentra en la constitución de Suiza, que justifica las restricciones al uso de materiales genéticos con referencia a “la protección de la dignidad humana, la privacidad y la familia” (art. 119).

A medida que más servicios se vuelven accesibles principalmente en línea, algunas constituciones han incluido el derecho al acceso a Internet. La constitución de Portugal establece que “se garantizará a todas las personas el libre acceso a las redes informáticas de uso público” (art. 35 (6)), mientras que la constitución de México ordena al estado “garantizar el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones, el acceso a los servicios de radiodifusión, telecomunicaciones e Internet de banda ancha” (art. 6). La Recomendación de la OCDE sobre la conectividad de banda ancha (2021), recientemente revisada, incluye disposiciones sobre la eliminación de la brecha digital y la reducción de los obstáculos a la implantación de la banda ancha. Los derechos de uso y gestión del espectro radioeléctrico, la neutralidad de la red, la accesibilidad, la alfabetización digital y el acceso a los servicios públicos independientemente del canal también son relevantes para garantizar el acceso universal a la información y los servicios públicos en línea.

Derechos del consumidor

Aunque la mayoría de los países tienen leyes relacionadas con la protección del consumidor, relativamente pocos incluyen los derechos del consumidor en sus constituciones. Cuando se incluyen, se refieren a la calidad y seguridad de los bienes de consumo y la capacidad de los consumidores para acceder a la información, y también pueden proteger los derechos de las asociaciones de consumidores. Estos derechos tienen el potencial de entrar en conflicto con otros derechos como la libertad de expresión (cuando la publicidad o el etiquetado están regulados)³⁰ y los derechos laborales (que afectan la producción de bienes de consumo).

La Constitución portuguesa incluye disposiciones relativas a la publicidad, la calidad de los bienes, la capacitación y la información, la salud y la seguridad y la indemnización por daños (art. 60). También incluye la protección del consumidor como uno de los motivos por los que las personas pueden iniciar acciones de *actio popularis* (que facilitan la presentación de casos ante los tribunales). La constitución argentina permite a los consumidores individuales entablar demandas para defender sus derechos como consumidores (art. 43), mientras que la constitución española contiene principios rectores que exigen a las autoridades públicas “salvaguardar la protección de los consumidores” y “regular el comercio interno y el sistema de concesión de licencias para productos comerciales” mediante las leyes y reglamentos (art. 51).³¹

Finalmente, las Constituciones española y portuguesa incluyen protecciones para las asociaciones de consumidores. El artículo 51(2) de la Constitución de España ordena a las autoridades públicas que “fomenten la organización” de las asociaciones de consumidores para que reciban apoyo estatal, sean escuchadas en relación con las cuestiones de protección del consumidor y representen a sus miembros.

Opciones y preguntas a considerar

Modelos de consolidación

Un posible enfoque para la consolidación de los derechos constitucionales podría describirse como “minimalista”. Como ya se ha señalado, Australia y Nueva Zelanda no consolidan constitucionalmente ningún DESCN en el sentido más estricto de la palabra.³² A nivel nacional en Nueva Zelanda y en dos unidades subnacionales en Australia, existen declaraciones de derechos legales que contienen algunos DESCN.³³ Si bien son legislación ordinaria, se consideran cuasi-constitucionales en el sentido de que el resto de la legislación debe interpretarse de acuerdo con los principios que establecen y, cuando esto no sea posible, la declaración de derechos estatutaria prevalecerá sobre el resto de la legislación, salvo que la legislación establezca explícitamente lo contrario.

La Constitución alemana garantiza explícitamente muy pocos derechos económicos o sociales. Se hace referencia a la importancia de la niñez y la educación; sin embargo, en la medida en que se abordan en el contexto de los derechos, es para afirmar que el estado puede supervisar y regular esas áreas, pero no está explícitamente obligado a proporcionar los bienes o servicios correspondientes. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, el Tribunal Constitucional de Alemania ha determinado que la constitución exige la prestación de un nivel mínimo de asistencia social a los necesitados. Aunque la “fuerza” de los tratados internacionales no es explícita en la constitución, las decisiones judiciales sugieren que tienen el mismo estatus que la legislación; como tales, no pueden utilizarse para invalidar leyes aprobadas por la legislatura.³⁴

Como se ha analizado anteriormente, los DESCN constitucionalmente consagrados pueden ser justiciables o aspiracionales. En términos de aplicación, se agrega una capa adicional de complejidad por la posibilidad de una revisión judicial fuerte y una revisión judicial débil. La Constitución finlandesa emplea el modelo justiciable de consolidación de los DESCN, aunque el propio texto de los derechos estipula que sus detalles específicos deben ser aplicados a través de la legislación. Lo mismo ocurre, en gran medida, con la Constitución portuguesa.

No todas las constituciones asignan la misma fuerza o proceso de revisión a todos los DESCN (u otros derechos) que incluyen. En muchas constituciones, la distinción se hace explícita al incluir derechos en diferentes secciones de la constitución e incluir detalles específicos sobre su aplicabilidad. Por ejemplo, la Constitución española incluye los DESCN en tres secciones separadas. Dos de ellas contienen derechos justiciables³⁵, incluidos los de educación, afiliación o formación de sindicatos y el derecho a huelga, que pueden impugnarse directamente a través de los tribunales. Los “principios que rigen la política económica y social” contienen derechos que son solo aspiracionales, como los de la seguridad social, la vivienda y la salud. Sin embargo, incluso aquí, en uno de los casos más sencillos, existe cierto grado de complejidad. Estos derechos aspiracionales no pueden utilizarse por sí mismos para impugnar una medida del estado; sin embargo, en la medida en que el estado haya legislado en un área en particular (como generalmente se indica en el texto de los derechos aspiracionales), los derechos pueden ser utilizados en los tribunales en la medida en que la legislación permita las impugnaciones (art. 53(3)). La Constitución suiza adopta un modelo similar, aplicando al estado una amplia variedad de obligaciones detalladas relacionadas con cuestiones de derechos económicos y sociales. Sin embargo, con excepciones limitadas y controvertidas relacionadas con la educación básica, la protección infantil, los sindicatos, los acuerdos colectivos y (posiblemente) la asistencia social, son principios rectores de la política estatal que no pueden constituir la base de una impugnación legal.

Podría haber razones válidas para adoptar cualquiera de estos enfoques, o para elegir elementos de ellos al elaborar un conjunto de DESCN para su inclusión en una constitución. La decisión de hacer justiciables algunos derechos, otros aspiracionales y excluir otros de la protección constitucional debe ser tomada con toda claridad por quienes tienen conocimiento y experiencia con las personas, grupos e instituciones a las que se aplicará el documento. La experiencia comparativa sugiere que también es importante especificar claramente si un derecho en particular debe ser judicialmente exigible y cuándo, así como por quién y en qué lugar(es).

Acceso a los tribunales

Los tribunales solo pueden juzgar aquellos casos, incluidos los casos de derechos fundamentales, que lleguen ante ellos instigados por usuarios del sistema legal. Como tal, la accesibilidad del sistema de justicia es un determinante clave de la capacidad de los litigantes para presentar sus reclamaciones y defender sus derechos fundamentales. Las personas, los grupos y las empresas pueden enfrentar diferentes barreras para tener acceso de manera efectiva a un tribunal. Algunas de ellas se derivan de las normas institucionales formales, mientras que otras son barreras más informales, como el lenguaje y los procedimientos complejos, que a menudo son difíciles de comprender y pueden resultar intimidantes o

incluso atemorizantes para las personas más pobres o con un nivel educativo más bajo. También puede haber barreras geográficas y relacionadas con los costos (OECD, 2019^[21]). Las normas institucionales formales determinan qué tipos de demandas pueden ser consideradas y cuándo, quién puede presentarlas y qué tribunales pueden dictar un fallo. Estos asuntos se tratan con más detalle en el Capítulo 6.

En muchas jurisdicciones, los litigios de derechos presentados individualmente se consideran poco probables, a menudo debido a barreras financieras. Presentar reclamaciones, particularmente aquellas basadas en derechos constitucionales, podría ser difícil dados los altos costes asociados que probablemente estén fuera del alcance de la mayoría de las personas individuales. Si bien en los juicios penales existe, ya sea como cuestión de ley o política, una tendencia generalizada a ofrecer asistencia legal a quienes no pueden cubrir los gastos por sí mismos, esto es mucho menos común con respecto a los reclamos relacionados con los derechos. Por tanto, se tiende a depender del sector de la asistencia jurídica (ONGs y bufetes de abogados que representan de forma gratuita) para apoyar este tipo de litigios (OECD, 2019^[21]).

Muchos países de América Latina, incluidos Colombia y México, han establecido mecanismos procesales para acelerar las demandas relacionadas con violaciones de derechos individuales (*tutela* y *amparo*, respectivamente). Si bien estos procedimientos reducen las barreras de acceso a los tribunales, el mayor nivel de acceso también podría generar un alto volumen de casos, lo que puede generar retrasos y, a su vez, ralentizar la eficiencia y eficacia del sistema judicial. Por ejemplo, en 2019, había más de 200 000 tutelas del derecho a la salud en Colombia (La Tutela, 2020, p. 63^[22]).

Se han adoptado otras estrategias para mejorar el acceso a la justicia en el ámbito de los derechos fundamentales, algunas a nivel constitucional, otras a través de leyes estatutarias o políticas. En algunos casos, una sección autónoma del Ministerio Público asumirá la responsabilidad de interponer demandas de este tipo, como es el caso de Brasil. Un enfoque alternativo es incluir la obligación de ayudar a remediar el problema o la acción delictiva en el mandato de una Comisión de los Derechos Humanos u otras instituciones similares.³⁶ Algunas jurisdicciones del sistema de derecho anglosajón (*common law*), como Canadá, también han establecido un fondo para respaldar demandas constitucionales a través del proceso de apelaciones si tienen el potencial de aclarar problemas importantes o la ley.

Interpretación judicial y realización progresiva

En la práctica, los DESCN garantizados constitucionalmente se han interpretado de dos formas principales. La primera es como principios de derecho administrativo, de modo que se entiende que los derechos sociales exigen que tengan en consideración los derechos de las personas o grupos y que ello resulte en soluciones razonables. Estos son derechos procesales o justificativos que exponen a un escrutinio “racional” lo que de otro modo podrían considerarse decisiones “políticas”. Este modelo de interpretación de los derechos se asocia comúnmente con el Tribunal Constitucional de Sudáfrica. En segundo lugar, también se han interpretado como representativos de garantías directamente realizables que pueden requerir una determinación judicial de su contenido. Estos son absolutos que, si se derogan, dan derecho al titular a una orden judicial que ordena niveles explícitos de gasto y/o acciones por parte del estado para garantizar la realización. Este enfoque se asocia con mayor frecuencia con los litigios relacionados con la provisión de medicamentos y tratamiento médico en los tribunales brasileños.

Sin embargo, estas son caracterizaciones generales. Los detalles de cómo se interpretarán los DESCN constitucionalmente consagrados variarán de una jurisdicción a otra, probablemente incluso de un derecho a otro. Los documentos constitucionales articulan derechos y principios generales que, como todos los valores y creencias normativos abstractos sobre el ordenamiento adecuado de las relaciones sociales, deben traducirse en directivas y obligaciones específicas teniendo en cuenta factores contextuales. Este proceso de traducción no es un ejercicio evidente ni falta de creatividad, pero tampoco es un ejercicio que implique la articulación sin restricciones de las preferencias políticas de los jueces. La

forma en que se marcan los derechos, por ejemplo, si la constitución garantiza el acceso al tratamiento médico independientemente de la capacidad de pago, o establece un derecho general a la atención médica que le exige al estado tomar medidas para realizar progresivamente, tendrá un impacto significativo en la interpretación judicial, al igual que las instrucciones explícitas sobre lo que puede y no puede servir como base para una demanda legal. Sin embargo, las constituciones no pueden concebir todas las circunstancias posibles; en algún momento, el poder judicial (y otros) necesitará aplicar los principios generales y garantías a circunstancias específicas.

La realidad de los recursos escasos y los plazos involucrados en el desarrollo de la infraestructura y el capital humano significa que, independientemente de lo que se desee, no todos los derechos pueden realizarse de inmediato, ni es probable que progresen de manera uniforme. Con respecto a los DESCN en particular, su proximidad (y en muchos casos superposición) con lo que tradicionalmente se ha considerado como asuntos políticos significa que los jueces deben ser conscientes del contexto en el que están tomando decisiones, manteniendo su papel de árbitros de la ley. Este es a menudo un equilibrio difícil de lograr, pero para que los derechos surtan efecto de manera significativa es un papel necesario. Hasta cierto punto, los jueces (como es el caso de los funcionarios públicos), deben recibir cierto grado de confianza para que el Estado funcione de manera razonable y eficaz. Al mismo tiempo, las declaraciones de los funcionarios públicos y los jueces no deben ser aceptadas únicamente en virtud del cargo que ocupan. A menudo, es probable que un garante importante de la equidad y la justicia sea un público general informado y comprometido para supervisar el sistema. Además, en la mayoría de los sistemas de Europa continental, los derechos económicos y sociales consagrados en la constitución deben elaborarse con más detalle en la legislación.

Referencias

- Bjørnskov, C. and J. Mchangama (2019), “Do Social Rights Affect Social Outcomes?”, *American Journal of Political Science*, Vol. 63/2, pp. 452-466, <https://doi.org/10/gfwnpd>. [5]
- Boyd, D. (2012), *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, University of British Columbia Press. [15]
- Boyd, D. (2011), “The Implicit Constitutional Right to Live in a Healthy Environment”, *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol. 20/2, pp. 171-179, <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-9388.2011.00701.x>. [16]
- Centro de Estudios de Justicia Social y otros v. Presidencia de la República (2016), “Constitutional Court of Colombia, T-622/16”, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm> (accessed on 14 March 2021). [19]
- Ferraz, O. (2020), “Health as a Human Right: The Politics and Judicialisation of Health in Brazil”, *Cambridge Studies in Law and Society*, Cambridge University Press, <http://dx.doi.org/10.1017/9781108678605>. [6]
- Fredman, S. and M. Campbell (2016), *Coming of Age: Socio-Economic Rights as Human Rights*, Edward Elgar. [1]
- Gardbaum, S. (2001), “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49/4, pp. 707-760, <https://doi.org/10/dp6q36>. [7]
- Holmes, S. and C. Sunstein (1999), *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton, <https://www.jstor.org/stable/41288278>. [2]
- ILO (2020), *Global Wage Report 2020-21: Wages and Minimum Wages in the Time of COVID-19*, International Labour Organisation, http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_762534/lang--en/index.htm. [9]
- Jung, C., E. Rosevear and A. Hirschl (2019), “Justiciable and Aspirational ESRs in National Constitutions”, *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, pp. 37-65. [8]
- Kadelbach, S. (2019), “International Treaties and The German Constitution”, in Bradley, C. (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford University Press, <http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190653330.013.10>. [27]
- Keith, K. (2019), “On the Constitution of New Zealand: An Introduction to the Foundations of the Current Form of Government”, *Victoria University of Wellington Faculty of Law Research Papers*, No. 53, <https://papers.ssrn.com/abstract=2207000>. [26]
- KHO (2014), *Supreme Administrative Court of Finland, KHO:2014:57*, Korkein hallinto-oikeus, <https://www.kho.fi/fi/index/paatokset/vuosikirjapaatokset/1396598212385.html> (accessed on 14 March 2021). [17]
- La Tutela (2020), “La Tutela y los Derechos a la Salud y la Seguridad Social 2019”, *Defensoría del Pueblo* 14a, p. p. 63, <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Estudio-La-Tutela-Derechos-Salud-Seguridad-Social-2019.pdf>. [22]

- Ministerio de Justicia de Nueva Zelanda (2020), *Treaty of Waitangi*, Ministerio de Justicia de Nueva Zelanda, <https://www.justice.govt.nz/about/learn-about-the-justice-system/how-the-justice-system-works/the-basis-for-all-law/treaty-of-waitangi/>. [13]
- OECD (2019), *Equal Access to Justice for Inclusive Growth: Putting People at the Centre*, OECD Publishing, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/597f5b7f-en>. [21]
- OECD (2017), *Multi-level Governance Reforms: Overview of OECD Country Experiences*, OECD Multi-level Governance Studies, OECD Publishing, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264272866-en>. [4]
- OECD (2014), *OECD Recommendation on Digital Government Strategies*, OECD. [20]
- Rodríguez-Garavito, C. (2011), “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, Vol. 89/7, pp. 1669–1698, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. [24]
- Rodríguez-Garavito, C. and C. Kauffman (2014), “Making Social Rights Real: Implementation Strategies for Courts, Decision Makers and Civil Society”, No. 2, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_639.pdf. [12]
- Rosevear, E., R. Hirschl and C. Jung (2019), “Justiciable and Aspirational Economic and Social Rights in National Constitutions”, in *The Future of Economic and Social Rights*, pp. 37-65, Cambridge University Press, <http://dx.doi.org/10.1017/9781108284653.003>. [25]
- Schlosberg, D. (2007), *Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature*, Oxford, Oxford University Press. [18]
- Shue, H. (2020), *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, <http://dx.doi.org/10.2307/j.ctvqsdnkw>. [3]
- Staub, Z. (2019), “Human Rights Acts around Australia”, Australian Human Rights Institute, <https://www.humanrights.unsw.edu.au/news/human-rights-acts-around-australia>. [23]
- Stuart, W. and M. Clark (2016), *Evictions and Alternative Accommodation in South Africa 2000-2016: An Analysis of the Jurisprudence and Implications for Local Government*, 2nd ed. Socio-Economic Rights Institute of South Africa. [11]
- Supreme Court of the Nation, México (2013), *Amparo No. 631/2012, “Acueducto Independencia”*. [14]
- Weishart, J. (2017), “Aligning Education Rights and Remedies”, *Kansas Journal of Law & Public Policy*, Vol. 27/3, pp. 346-400. [10]

Notas

¹ Por ejemplo, el derecho a votar, a la libertad de expresión, a practicar la religión de su elección y a no ser discriminado por motivos de género, etnia, raza o discapacidad. Los derechos civiles y políticos no se analizarán aquí.

² De las 64 constituciones promulgadas entre 2000 y 2016, solo 3 no contenían derechos económicos o sociales; de media contenían casi 10 de estos derechos (Rosevear, Hirschl and Jung, 2019^[25]).

³ Los derechos fuertes y débiles se analizan en la siguiente sección.

⁴ Por ejemplo, la provisión de educación básica para todos puede resultar en mejoras generales en la productividad económica y la competitividad, generando ingresos adicionales para que el estado los dedique a la realización de los derechos y reduciendo la proporción de la población que necesita asistencia estatal.

⁵ Sin embargo, varios estados de EE. UU. Tienen constituciones que garantizan el derecho a la educación.

⁶ La Constitución alemana incluye explícitamente los derechos de sindicalización y del medio ambiente. Su contenido también se ha interpretado en el sentido de que impone ciertas obligaciones al Estado en materia de bienestar social y derechos digitales. En Canadá, los derechos indígenas y lingüísticos están consagrados constitucionalmente, y la existencia de un derecho de huelga es un tema de debate en los tribunales.

⁷ En este contexto, los efectos “directos” son aquellos que ocurren a través de la aplicación de las decisiones judiciales específicas (por ejemplo, la provisión de tratamiento médico a un litigante que lo buscaba). Los efectos “indirectos” incluyen temas como la sensibilización de la población sobre cuestiones específicas relacionadas con los derechos, la promoción del debate público y los llamamientos a la reforma, y los cambios de política en respuesta al costo de cumplir con múltiples decisiones adversas relacionadas con una política o programa específico (Rodríguez-Garavito, 2011^[24]).

⁸ Nueva Zelanda y el Reino Unido no tienen constituciones en el sentido contemporáneo: un documento único que establece la estructura política de un país, asigna poderes e identifica derechos y responsabilidades. Sin embargo, tienen una legislación que describe los derechos de los ciudadanos y de los grupos que son reconocidos por muchos como que tienen un estatus cercano al constitucional “cuasi” constitucional, aunque técnicamente puede ser enmendado o derogado por una mayoría legislativa simple. Los más destacados son la Ley de Derechos de Nueva Zelanda y la Ley de Derechos Humanos del Reino Unido.

⁹ Por ejemplo, a la luz del uso generalizado del arresto y la detención arbitrarios validados por varias órdenes de emergencia y leyes de seguridad nacional durante las décadas de 1970 y 1980, el artículo que describe los derechos de los arrestados, detenidos y acusados (art. 35) en la constitución del apartheid de Sudáfrica consta de 41 cláusulas, sub-cláusulas e incisos que ocupan tres páginas del documento constitucional. Además de excluir tales acciones en el futuro, también sirve como una declaración de los principios y prácticas que deben guiar la nueva era constitucional del país.

¹⁰ Por ejemplo, el acceso universal a la atención médica, vivienda adecuada para todos los que la necesiten.

¹¹ Aunque garantiza un número limitado de derechos procesales, la Constitución australiana no contiene una declaración de derechos por separado. Sin embargo, tres unidades subnacionales (el Territorio de la Capital Australiana y los estados de Queensland y Victoria), han promulgado leyes de derechos humanos destinadas a promover la consideración de tales asuntos en el proceso legislativo (Staub, 2019^[23]).

¹² Como se ha señalado anteriormente, Nueva Zelanda no tiene una constitución escrita en el sentido contemporáneo. Sin embargo, cuenta con un conjunto de instrumentos jurídicos, entre ellos la Carta de Derechos de Nueva Zelanda y el Tratado de Waitangi, a los que se les reconoce importancia constitucional (Keith, 2019^[26]).

¹³ Aquí también hay un elemento de incertidumbre, ya que no se proporciona una cantidad específica o una definición de “gastos básicos de vida”.

¹⁴ Los 26 cantones suizos son los estados miembros federales de la Confederación Suiza.

¹⁵ El análisis del derecho a la educación se complica por la tendencia a que la educación sea responsabilidad de los gobiernos locales en los países federales. Por ejemplo, en Suiza y Alemania la autoridad y la responsabilidad de la provisión de educación básica recae en los cantones y *Länder*, respectivamente.

¹⁶ Esta idea ha recibido una nueva atención en los últimos años y los gobiernos de Canadá, Finlandia y los Países Bajos han debatido o implementado proyectos piloto (por ejemplo, consulte, *Basic Income as a Policy Option* [la renta básica como opción política], 2017).

¹⁷ Por ejemplo, Nueva Zelanda tiene una pensión de tasa fija financiada con ingresos generales (*Pensions at a Glance 2019*, 2019).

¹⁸ Esta jurisprudencia se basa en la identificación que hace la Constitución alemana de Alemania como un estado de bienestar social (*Sozialstaat*) regido por el estado de derecho (*Rechtsstaat*).

¹⁹ En particular, a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

²⁰ El Marco de Bienestar de la OCDE cubre 11 dimensiones actuales (ingreso y patrimonio, empleo y calidad del empleo, vivienda, educación, salud, calidad ambiental, seguridad, compromiso cívico, conexiones sociales, bienestar subjetivo y balance entre vida y trabajo) y 4 recursos para el bienestar futuro (capital humano, natural, económico y social).

²¹ www.lemonde.fr/planete/article/2020/12/15/emmanuel-macon-veut-reformer-la-constitution-pour-y-integrer-la-preservacion-de-l-environnement_6063409_3244.html.

²² Valoración constitucional, 2016, pág. 23.

²³ Las constituciones de Australia y Nueva Zelanda (declaración de derechos) no incluyen una disposición sobre igualdad.

²⁴ Mientras que España, Portugal, Finlandia, Alemania, Nueva Zelanda y Australia exigen la prohibición por motivos de “sexo”, Suiza y Colombia prohíben la discriminación por motivos de “género”. Si bien, estas disposiciones no definen ni el sexo ni el género, la primera denota diferencias biológicas, mientras que la segunda está relacionada con roles socialmente construidos.

²⁵ Ninguna de las constituciones de los países de la OCDE en el estudio especifica “uno o más motivos”.

²⁶ El resto de las constituciones en estudio no incluyen ninguna protección constitucional explícita en esta área.

²⁷ Base de datos mundial sobre violencia contra las mujeres. <https://evaw-global-database.unwomen.org/en>

²⁸ Nueva Zelanda, Ley de los Derechos Humanos 1993, secc. 74.

²⁹ Las leyes suelen diferenciar entre “niños” y “jóvenes”/“juventud”. “Niños” generalmente se refiere a un grupo de edad más joven, generalmente aquellos que no pueden tomar decisiones por sí mismos. Por lo general, “jóvenes” se refiere a un grupo de mayor edad, como los adolescentes, que son capaces de tomar algunas decisiones por sí mismos.

³⁰ Esto queda ilustrado por la compleja y controvertida doctrina del “discurso comercial” en los Estados Unidos. Para obtener más información consulte www.law.cornell.edu/wex/commercial_speech.

³¹ La disposición española no es exigible por los tribunales, salvo que así lo disponga una normativa o ley específica.

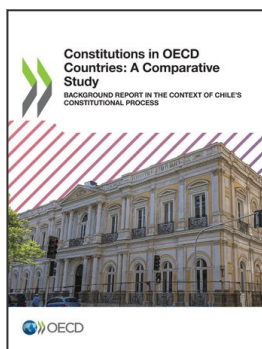
³² La única posible excepción a esto es el Tratado de Waitangi, que tiene estatus constitucional en Nueva Zelanda y describe los derechos relacionados con la indigeneidad y la cultura.

³³ Los tribunales de estos países también han desarrollado doctrinas que exigen que el estado actúe de acuerdo con los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³⁴ La excepción a esto es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que parece tener un estatus cuasi-constitucional (Kadelbach, 2019^[27]).

³⁵ Los artículos 15 a 29 (Derechos fundamentales y libertades públicas) y artículos 30 a 38 (Derechos y deberes de los ciudadanos).

³⁶ Por ejemplo, un Defensor del Pueblo con competencias generalistas o agencias especializadas con conocimientos especializados en áreas particulares como la vivienda o el medio ambiente.



From:
Constitutions in OECD Countries: A Comparative Study
Background Report in the Context of Chile's Constitutional Process

Access the complete publication at:

<https://doi.org/10.1787/ccb3ca1b-en>

Please cite this chapter as:

OECD (2022), "Derechos económicos, sociales, culturales y nuevos", in *Constitutions in OECD Countries: A Comparative Study: Background Report in the Context of Chile's Constitutional Process*, OECD Publishing, Paris.

DOI: <https://doi.org/10.1787/3f6c62bb-es>

El presente trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretario General de la OCDE. Las opiniones expresadas y los argumentos utilizados en el mismo no reflejan necesariamente el punto de vista oficial de los países miembros de la OCDE.

This document, as well as any data and map included herein, are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area. Extracts from publications may be subject to additional disclaimers, which are set out in the complete version of the publication, available at the link provided.

The use of this work, whether digital or print, is governed by the Terms and Conditions to be found at <http://www.oecd.org/termsandconditions>.