

# CAPÍTULO 3

CAPÍTULO 3

# Construir una cultura de derechos humanos

Winluck Wahi

## 1. Descripción general

Varias razones sustentan la incorporación de los derechos humanos en una constitución; entre ellas, que restringen el poder del gobierno, que son uno de los elementos constitutivos de la democracia, que establecen los cimientos para el desarrollo de una cultura de derechos humanos y que son esenciales para dar legitimidad a la constitución. Una cultura de derechos humanos da espacio para que las personas y los grupos organicen y agrupen sus intereses. Permite a las personas comunes impugnar a las autoridades y a las instituciones del Estado. Se trata del modo como “funcionan” los derechos humanos, por lo tanto, va más allá de la constitución y toca otras dimensiones complejas de la sociedad.

En el derecho internacional los derechos humanos son universales, inalienables e indivisibles. Aun así, la razón para incluir y proteger algunos derechos en la constitución es un tema tan controvertido como la naturaleza y el propósito de la constitución misma. Para muchos constituyentes de sociedades afectadas por conflictos, el conocimiento de una gama de opciones respecto de los derechos sustantivos deriva de tratados que ya han sido ratificados por un Estado. Sin embargo, el desafío clave no es solamente redactar un catálogo de derechos moderno, sino también que la protección de los derechos humanos contribuya a la coexistencia pacífica de grupos socialmente diversos y afectados por conflictos.

El proceso que se adopte para la elaboración constitucional, como también el tipo de constitución que se creará, son los primeros factores que delinearán el alcance de la cultura de los derechos humanos. El objetivo de una cultura de derechos humanos no está exento de conflicto, como se puede ver en los intrincados debates sobre cuestiones de derechos humanos entre distintos segmentos sociales durante la elaboración constitucional. Los derechos de los grupos minoritarios a beneficiarse de medidas especiales, los derechos económicos que tratan reivindicaciones sobre los recursos nacionales y los derechos de las mujeres a la igualdad en las relaciones de familia se cuentan dentro de estas cuestiones. Surgen algunas tensiones por la necesidad de equilibrar la protección de

los derechos humanos y la reparación de violaciones pasadas, la compatibilidad con el sistema de distribución de poder y las obligaciones que conlleva los derechos humanos internacionales aplicables, así como también por las fuentes del derecho nacional que puedan entrar en competencia.

Otro reto consiste en la aplicación de los derechos, para lo que evidentemente se requiere contar con garantías institucionales. Sin embargo, lo que no es tan evidente es cómo se implementarán los derechos cuando los invoquen diferentes grupos para movilizar sus propios intereses, en lo que los propios grupos perciben como ecuaciones en las que solo puede haber ganadores y perdedores. De ahí que la arquitectura del poder y la distribución de la responsabilidad para tomar decisiones relativas a los derechos humanos necesiten de un escrutinio más práctico. Aunque la aplicación legal de los derechos fundamentales está relativamente extendida en todas las tradiciones jurídicas, los responsables de la elaboración constitucional han buscado marcos de implementación dinámicos que permitan que la política evolucione y produzca un consenso más amplio sobre los derechos humanos. ¿Qué implicaciones deberían tener en cuenta los responsables de la elaboración constitucional para lograr un equilibrio viable entre los enfoques de derechos humanos basados en el derecho y aquellos basados en el consenso político?

## 2. Definir una cultura de derechos humanos

En el párrafo 1 del Preámbulo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce la dignidad inherente y la igualdad e inalienabilidad de los derechos de todos los miembros de la especie humana como base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Los derechos humanos son derechos legales y morales que han evolucionado como base sobre la cual construir la forma en que el Estado ejerce el poder, y en particular para limitar su uso en contra de los derechos de los ciudadanos. Desde una perspectiva religiosa, los derechos humanos se derivan del legado divino del ser humano como una creación moral y racional. Desde una perspectiva secular o moral, han evolucionado desde el derecho natural como derechos que resultan de la dignidad humana de todas las personas. En ambos casos, los derechos humanos se consideran nociones de derechos que las personas o los grupos pueden reclamar, no tanto debido al marco de derecho positivo que impere en

***Los derechos humanos, que se erigen como garantías legales y morales, han evolucionado como base sobre la cual construir la forma en que el Estado ejerce el poder, y en particular para limitar su uso en contra de los derechos de los ciudadanos. Cuando no hay una cultura de respeto por los derechos humanos, las garantías constitucionales dejan de tener valor.***

el momento, sino a pesar de él. Así, no pueden ser alienados por el orden jurídico vigente. Al mismo tiempo, los derechos ejecutados en virtud de la constitución son creaciones de la ley. A menudo perpetúan los intereses y las creencias que una sociedad considera fundamentales para su identidad y para la construcción de su comunidad política.

De acuerdo con el concepto de soberanía popular, el pueblo delega la autoridad y el poder a las instituciones de gobierno de un Estado y no deriva sus derechos del Estado.

Las constituciones son herramientas jurídicas y políticas con las cuales se logra la delegación del poder y la reserva de derechos. De esta manera, una cultura de derechos humanos se basa en la constitución, pero también puede entenderse como algo que se extiende más allá de las disposiciones constitucionales concretas. Los derechos humanos pueden estar reconocidos expresa o implícitamente en las constituciones. La inclusión de derechos en la constitución no es en sí misma un estado final, sino que más bien da lugar a formas nuevas de articular y reclamar intereses individuales y grupales.

Una *cultura de derechos humanos* es aquella en que la sociedad valora los derechos humanos de tal manera que la mayoría de, si no todas, las decisiones oficiales buscan maximizar estos derechos. Una cultura de derechos humanos rica y viva se desarrolla cuando las acciones de los cargos públicos y las instituciones, así como las de otros actores de relevancia social, honran estos valores de manera regular, evitan su vulneración y asisten a las víctimas. Ante la ausencia de una cultura de respeto por los derechos humanos, las garantías constitucionales dejan de tener valor.

### Recuadro 3.1. Principios de los derechos humanos

- Los derechos parten de la premisa de la humanidad universal.
- Se reconocen por ley, pero no deben ser abusados o negados en virtud de la ley.
- Tratan a todas las personas como iguales en términos de dignidad humana.
- Los derechos están interrelacionados y son interdependientes, por lo que son indivisibles.

La razón para consignar derechos en la constitución, en particular el propósito de estipular derechos específicos, es objeto de disputa porque los derechos están atados a las creencias fundamentales de la sociedad. En algunos casos, esta disputa ha incrementado los sentimientos de agravio profundo o la imposibilidad de reconciliación, lo que puede acarrear más violencia social. Cada vez con mayor frecuencia, los responsables de la elaboración constitucional procuran que los derechos incluidos en la constitución tengan un propósito más amplio que la típica limitación del poder del gobierno. Para ello, han intentado hacer uso de los derechos humanos para conectar las instituciones y los poderes establecidos en la constitución con la búsqueda de recetas para la justicia, la paz, la reconciliación, el bienestar y el bien público.

Muchas constituciones actuales encarnan el lenguaje de los derechos humanos, su contenido sustantivo y los medios para su implementación, que están establecidos como obligaciones asumidas por los Estados bajo el derecho internacional de los derechos humanos. Las Naciones Unidas

*Los derechos humanos son nociones de derechos que las personas o grupos pueden reclamar, no tanto debido al marco de derecho positivo que impere en el momento, sino a pesar de él. Al mismo tiempo, los derechos ejercidos en virtud de la constitución son creaciones de la ley.*

han contribuido a esta internacionalización, particularmente por medio de los siete instrumentos internacionales “centrales” de derechos humanos (véase el recuadro 3.2).

### **Recuadro 3.2. Siete instrumentos internacionales centrales de derechos humanos adoptados por las Naciones Unidas**

- Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948 (no es un tratado legalmente ejecutable)
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), 1965
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), 1966
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR), 1966
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 1979
- Convención sobre los Derechos del Niño, 1989
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984

## **3. Procesos de elaboración constitucional y opciones relativas a los derechos humanos**

*El proceso adoptado para la elaboración constitucional, como también el tipo de constitución que se creará, serán de los primeros factores que influirán en el alcance de la cultura de derechos humanos.*

Durante la elaboración de constituciones la inclusión de las opciones relativas a los derechos humanos, y, por lo tanto, el alcance de la cultura de los derechos humanos, estará determinada por:

- (a) el tipo de proceso usado para formular el marco constitucional, y
- (b) la naturaleza o el tipo de constitución.

### **3.1. Tipo de proceso**

Para llegar a un acuerdo sobre las opciones sustantivas que se deben incluir en las constituciones, se ha recurrido a distintos tipos de procesos en distintos países y épocas. Aquellos procesos que se gestionaron a través de una serie de reformas graduales han podido permitir que distintos grupos adquieran o ganen el reconocimiento de sus derechos humanos en la sociedad mayoritaria, bajo principios constitucionales existentes. Aquellos procesos en los cuales un grupo dominante determinó los aspectos clave del

diseño constitucional han tendido a establecer el alcance de los derechos humanos para otros grupos o segmentos de la sociedad en sus propios términos. En otros casos, el proceso de elaboración constitucional fue negociado por grupos en conflicto entre los cuales no había un claro ganador o liderazgo político. En muchos de estos casos, la consideración principal era la resolución de conflictos y la construcción de la paz, lo que determina el alcance de los derechos humanos. Cada proceso en su contexto particular tuvo implicaciones prácticas a la hora de definir quiénes surgieron como los supuestos “ganadores” y “perdedores” en relación con los grupos cuyos derechos fueron incluidos o, por el contrario, omitidos.

*En algunos casos, la elaboración constitucional ha consistido en un proceso negociado entre grupos en conflicto donde no había un claro ganador o liderazgo político. Algunos grupos serán percibidos como “ganadores” o “perdedores”, dependiendo de quiénes vean sus derechos incluidos (u omitidos) en la constitución.*

La demanda de una mayor participación pública en la elaboración constitucional ha surgido con fuerza. En algunos casos, la participación pública ha conducido a un consenso más amplio sobre la importancia de los derechos, e incluso le ha otorgado una legitimidad mayor a la constitución. En otros, la participación ha limitado el alcance de los derechos a la visión imperante entre los grupos dominantes, y ha aumentado el desacuerdo público respecto del alcance de las garantías constitucionales. En El Salvador, por ejemplo, los líderes nacionales hicieron un esfuerzo concertado para redactar una constitución legítima que reflejara la cultura y las aspiraciones políticas nacionales con los aportes de la ciudadanía, casi toda católica. La mayoría de los ciudadanos exigió una disposición constitucional sobre el derecho a la vida que habría criminalizado el aborto. De hecho, la disposición de la Constitución de 1983 se cambió para definir que la vida humana comenzaba desde el momento de la concepción. Pocos líderes podrían haberse opuesto a esta disposición si pretendían postularse a algún cargo público bajo la nueva constitución. Así, el efecto de la participación popular fue ambivalente debido a factores como la influencia de la religión en la sociedad, la situación económica, la prevalencia del analfabetismo, la experiencia de conflicto y la historia constitucional del país.

*En algunos casos, la participación pública le ha otorgado a la constitución una legitimidad mayor. En otros, sus efectos han sido ambivalentes o han limitado los derechos a la visión de algunos grupos, lo que ha aumentado el desacuerdo público sobre el alcance de las garantías constitucionales.*

### 3.2. Tipo de constitución

El carácter y la naturaleza de la constitución y la sociedad a la cual responde subyacen al perfil, alcance y materialización de la cultura de los derechos humanos. No es posible entender esas variables clave simplemente leyendo el lenguaje empleado para referirse a los derechos humanos en distintas constituciones, un lenguaje cuyas fórmulas son compartidas por varias tradiciones jurídicas y sistemas constitucionales divergentes.

Existen distintos tipos de constituciones, que tienen significados diferentes para distintos grupos. Algunas personas expertas consideran que la constitución es “orgánica” porque ha evolucionado durante largos períodos sobre la base de convenciones y tradiciones de larga data en las que se encuentra arraigada, como en el Reino Unido. Otras constituciones se consideran marcos básicos para las instituciones de gobierno y la manera en que se relacionan unas con otras dentro del sistema de gobierno. En tales constituciones los derechos humanos funcionan como resguardos contra el abuso del poder oficial.

***El carácter y la naturaleza de la constitución y la sociedad a la cual responde subyacen al perfil, alcance y materialización de la cultura de los derechos humanos. Cada tipo de constitución sostiene y a su vez es sostenida por valores y decisiones morales específicos, y la ley se aplica en el contexto de una realidad dada.***

Un ejemplo famoso es la Constitución de Estados Unidos (1789), de más de 200 años de antigüedad, la cual fue redactada por los delegados que representaban una confederación de 13 estados preexistentes. Las constituciones se pueden calificar de “revolucionarias” cuando apuntan a obtener resultados sociales particulares y se utilizan como base de autoridad para la reorganización tanto de la sociedad como del Estado. La nueva Constitución de Bolivia (2009), cuya

redacción fue encabezada por el primer presidente indígena elegido democráticamente, busca “reestablecer” la legitimidad del Estado con base no solo en el reconocimiento de que está compuesto por una pluralidad de naciones, sino también en la reestructuración del mismo en favor de una mayor participación de los pueblos indígenas en la vida política y económica. Una Asamblea Constituyente diseñó la Constitución de Sudáfrica (1996) para acabar con el orden antiguo y reorganizar el Estado sobre el modelo de una democracia fundada en el no racismo y el no sexismo (artículo 1 (b)). Luego de una guerra civil de seis años, en 2007 Nepal promulgó la Constitución Interina, que establecía una república federal en lugar de la antigua monarquía de 240 años. Esta Constitución Interina autorizó la elaboración de una nueva constitución para “reestructurar” un nuevo Nepal.

Bolivia, Nepal y Sudáfrica son países que ejemplifican la necesidad fundamental de elaborar constituciones que reconozcan que el carácter del Estado y su ciudadanía son problemáticos y por lo tanto requieren un contrato social explícito. En estas constituciones, los derechos humanos se utilizan como agentes de empoderamiento social y en ocasiones son aprovechados para presentar una imagen ideal del Estado. Finalmente, en Europa continental las constituciones han llegado a ser descritas como “códigos” destinados a garantizar que las autoridades del Estado estén instituidas y limitadas por la ley soberana.

Cada clase de constitución se basa en y a su vez es vehículo de valores y decisiones morales específicos. Los responsables de la elaboración constitucional deben estar al tanto de la necesidad de no centrarse únicamente en catalogar derechos en la constitución y no deben perder de vista el hecho de que la letra de la ley se aplica en el contexto de una realidad dada. La moral subyacente a algunas constituciones está encapsulada en palabras clave como “democracia no racial” en Sudáfrica, “plurinacionalidad” en

Bolivia y Ecuador, o “reestructuración” en Nepal. Esta dimensión moral, que determina el comportamiento político dentro de un sistema constitucional, expresa la cultura política de la población a la que sirve, y permite que las personas responsables de la elaboración constitucional se refieran a la constitución como un “documento vivo”. En suma, no es posible separar la cultura de los derechos humanos de la constitución.

*Algunas constituciones se desarrollan “orgánicamente” porque han evolucionado a lo largo del tiempo a partir de convenciones y tradiciones de larga data, o porque persiguen autorizar la reorganización tanto de la sociedad como del Estado. Pueden recurrir a los derechos humanos como agentes de empoderamiento popular.*

En las siguientes secciones se aborda el desarrollo de una cultura de derechos humanos durante la elaboración de constituciones en países fragmentados o afectados por conflictos. Estas constituciones han requerido de un consentimiento explícito y negociado, a menudo en medio de estancamientos, y han sido diseñadas para lidiar con órdenes sociales preexistentes, con grupos territoriales con sistemas de poder arraigados, y con fuentes contrapuestas de normas jurídicas y de valores.

## 4. Cultura de derechos humanos en la elaboración constitucional afectada por un conflicto

La reivindicación de un lenguaje de derechos humanos en las constituciones se ve acompañada por mucha tensión y es a veces causa de la misma. Algunas de las fuentes de tensión y desacuerdo incluyen:

- (a) la necesidad de abordar violaciones graves de derechos humanos en el pasado;
- (b) el sistema general de distribución de poder;
- (c) las visiones jurídicas frente a las políticas de la constitución, y
- (d) normas jurídicas nacionales frente al derecho internacional sobre derechos humanos.

### 4.1. Abordar violaciones graves del pasado

Puede haber razones válidas para reconocer, no solo que ocurrió una grave violación de derechos en los conflictos pasados, sino también que será necesario abordarla de una forma distinta a los procedimientos judiciales ordinarios. En algunos casos no ha sido factible considerar la elaboración constitucional sin antes, o al mismo tiempo, resolver injusticias históricas. Existe el riesgo de que la falta de disposición o la incapacidad de resolver las violaciones graves del pasado obstaculice o desvíe los esfuerzos orientados a elaborar constituciones y establecer las bases para una nueva cultura de derechos humanos. Al mismo tiempo, los esfuerzos para resolver las injusticias históricas pueden poner en peligro la paz y reabrir profundas divisiones.



***En muchos casos, las consideraciones más importantes al elaborar constituciones han sido la resolución de conflictos y la construcción de la paz, y la elaboración constitucional no ha sido viable sin primero, o a la vez, resolver injusticias históricas. Las víctimas han surgido como actores importantes en los procesos de elaboración de constituciones.***

La discriminación sistemática basada en la identidad junto a la opresión del Estado, los largos períodos en estado de emergencia o la violencia del Estado en contra de sus ciudadanos pueden haber creado una cultura de violaciones graves de los derechos humanos. En Centroamérica y América Latina, donde se abrió el camino para los procesos de búsqueda de la verdad y la reconciliación, las cuestiones relativas a la violencia del Estado y las desapariciones

fueron centrales en el diálogo constitucional. En Rwanda, la experiencia del genocidio de 1994 condicionó la manera en que se abordaron los derechos en la Constitución de 2003, como también ocurrió en Camboya. En Irak, quienes redactaron la Constitución de 2005 fueron presionados por las exigencias de aquellos grupos que habían sido hasta entonces brutalmente oprimidos. Además, las víctimas de violaciones graves de derechos humanos por parte de actores estatales y no estatales y de sus partidarios han emergido como importantes actores en los procesos de elaboración constitucional.

Dadas estas experiencias, algunos Estados que están en las etapas iniciales de la elaboración constitucional han necesitado de diferentes mecanismos especiales para lidiar con las cuestiones relativas a la reconciliación y la justicia transicional. Se ha utilizado una amplia gama de mecanismos formales, como las comisiones de verdad y reconciliación, investigaciones forenses de delitos pasados, medidas para “crear memoria”, inmunidad o amnistías condicionales o limitadas, juicios penales, y medidas interinas y leyes transicionales de vigencia limitada (*sunset*) y de aplicación diferida (*sunrise*) que ha servido como medio entre el fin del *statu quo* anterior y el comienzo de las nuevas medidas.

## **4.2. Sistema general de distribución de poder**

Las constituciones asignan poder y autoridad, siendo esta la razón por la que son objeto de importantes disputas, en especial cuando los resultados se siguen percibiendo en términos partidistas de ganadores y perdedores. La elaboración constitucional es fundamentalmente política. El sistema de poder está marcado de manera indeleble por conflictos y líneas de división preexistentes. El reciente proceso de elaboración constitucional de Ecuador ilustra esta perspectiva. Dada la desilusión generalizada causada por un sistema político que colocó en el poder a 8 presidentes durante 11 años entre 1995 y 2006, el 82 por ciento de los ecuatorianos votó a favor de formar una Asamblea Constituyente en abril de 2007 para redactar una nueva constitución. La nueva constitución introdujo cambios significativos para terminar con las paralizaciones entre el poder ejecutivo y el legislativo por medio del aumento de poder de la rama ejecutiva, que adquirió la facultad de disolver el Congreso una vez por cada mandato presidencial, siempre y cuando el Presidente también renunciara y llamara a elecciones generales. Además, la nueva Constitución permite la reelección ilimitada del Presidente por períodos consecutivos de cuatro años y le otorga autoridad sobre

el Banco Central, cuyos poderes en materia de expropiación, incluida la facultad para subir los impuestos y redistribuir tierras improductivas, se han visto aumentados. Para canalizar la democracia popular y fomentar la política local, se autorizaron asambleas ciudadanas en el nivel local. Además se reordenó el Estado, que quedó compuesto por naciones plurales, y el gobierno central quedó obligado a consultar a los grupos indígenas (aunque no a obtener su aprobación) antes de desarrollar proyectos mineros en sus tierras originarias. De los ecuatorianos que votaron el 28 de septiembre de 2008, el 63,9 por ciento aprobó la nueva constitución.

Los asuntos relacionados con los derechos humanos pueden verse condicionados por dinámicas de poder más amplias. Por ejemplo, ¿podrá el país funcionar con (o incluso necesitar) un centro fuerte y una cultura de derechos humanos nacionalizada para mantener al margen las profundas divisiones y fragmentaciones sociales? ¿O mostrarán los diversos grupos lealtad únicamente a las organizaciones que los representen, reforzando la descentralización del poder a favor del nivel subnacional, que también definirá la cultura de los derechos humanos?

*La elaboración constitucional es fundamentalmente política. El sistema de poder está marcado de manera indeleble por conflictos y líneas de división preexistentes. Los asuntos relacionados con los derechos humanos pueden ser moldeados por cuestiones de dinámicas de poder más amplias.*

### 4.3. Visiones “jurídicas” o “políticas” de la constitución

En las constituciones rara vez se establecen de manera definitiva los contenidos sustantivos de la cultura de los derechos humanos, pues son instrumentos generales cuyo diseño puede dejar espacio para la interpretación, sobre todo cuando ha habido una profunda división en cuanto a su contenido. Los responsables de la elaboración constitucional han tenido que lidiar con la pregunta de quién daría forma a la cultura de los derechos humanos por medio de la interpretación de las disposiciones de derechos humanos.

En principio, los *catálogos de derechos* se consideran legalmente exigibles. Por lo tanto, constituyen el emplazamiento ideal para las disposiciones sobre derechos humanos. La mayoría de las democracias actuales se refieren a sus constituciones como la ley suprema y revelan una tendencia creciente de la ciudadanía a buscar en los juzgados la protección de sus derechos contra la acción oficial, una tendencia que incluye los “litigios de interés público” impulsados por activistas. Esta tendencia refleja una juridificación de la cultura de los derechos humanos. Los impulsores del cambio detrás de la misma pueden ser grupos preocupados por la posibilidad de que los futuros cambios políticos pongan en peligro sus reivindicaciones. Los catálogos de derechos son cada vez más expansivos y amplios, y están reforzados por el hecho de que son cada vez más difíciles de reformar en comparación con otras disposiciones contenidas en la misma constitución. Cada vez más Estados han ratificado tratados internacionales sobre derechos humanos, los que a su vez se han incrementado, y la ratificación ha tenido un impacto en la juridificación de la cultura de los derechos humanos. En la práctica, el impacto de la juridificación de la cultura de los derechos humanos tiene sus

*Las constituciones rara vez establecen de manera definitiva los contenidos sustantivos de la cultura de los derechos humanos. Por el contrario, son instrumentos generales que pueden estar diseñados para dejar espacio a la interpretación; sin embargo ¿quién será el que dé forma a la cultura de los derechos humanos mediante la interpretación de las disposiciones pertinentes?*

propias limitaciones: se extiende solamente en la medida en que el poder judicial sea independiente, autónomo y competente, y es posible que sus verdaderos beneficiarios sigan siendo solo aquellos con los recursos para presentar y ganar casos individuales.

Los profesionales han reconocido también que la capacidad de una constitución para confrontar normas sociales y políticas preexistentes en situaciones de división profunda depende de si se ha obtenido un amplio consenso sobre estos temas entre

grupos y actores diversos. Este es un proceso político más que legal. La participación popular, que atrae a diferentes segmentos de la sociedad con el propósito de definir el marco constitucional, también ha significado que la elaboración constitucional ya no es el dominio exclusivo de los abogados de élite. De hecho, implica que los derechos humanos son percibidos desde un punto de vista que va más allá del prisma legal. En Estados profundamente divididos, los responsables de la elaboración constitucional también han reconocido las limitaciones de los procesos legales para abordar de manera sustantiva las causas y los resultados apremiantes de las divisiones profundas, como la desigualdad social severa, por ejemplo, debido a la escasez de abogados y jueces calificados. Los políticos y sus seguidores pueden también adoptar el punto de vista según el cual la toma de decisiones sobre controversias sustantivas debería resultar de un proceso democrático que permita el progreso orgánico hacia un consenso sobre valores en sociedades divididas, con cargos públicos electos (y por lo tanto removibles) como responsables de estas decisiones clave.

#### **4.4. Normas legales internas versus derecho internacional de los derechos humanos**

La mayoría de las constituciones en vigor fueron creadas con posterioridad al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR) de 1966. Por su parte, los países con mayorías musulmanas han basado sus disposiciones constitucionales en la Declaración sobre los Derechos Humanos en el Islam (1990), conocida también como Declaración de El Cairo. Los responsables de la elaboración constitucional han buscado encarnar las normas internacionales sobre derechos humanos en sus constituciones nacionales. Al mismo tiempo, en Estados profundamente divididos se ha intentado hacer uso de la constitución para reconocer formalmente e integrar dentro del sistema constitucional otras fuentes internas del derecho, como la costumbre y la religión. El resultado es que las constituciones incorporan derechos humanos internacionales y también promueven valores nacionales al darles reconocimiento formal a las fuentes locales de normativa jurídica. En la práctica, las normas internacionales sobre derechos humanos y las normas jurídicas locales son entidades distintas. Tras los instrumentos internacionales mencionados anteriormente se encuentra el principio de que los

derechos humanos son iguales, universales e inalienables respecto de la persona individual. El derecho consuetudinario, por otro lado, se basa en valores tradicionales que frecuentemente rigidizan las jerarquías sociales. Así, la constitución es un vehículo para dos nociones distintas que se enfrentan.

Los responsables de la elaboración constitucional pueden dar orientaciones sobre el peso relativo que se le debe dar a la constitución y a las fuentes de normas jurídicas con las que en general compete. Muchas constituciones lo hacen estableciendo expresamente que la constitución es la ley suprema. Además, contienen cláusulas que permiten invalidar las normas legales que se determinen inconsistentes con ella. Por otro lado, la cuestión se vuelve menos clara cuando otras disposiciones de la constitución incluyen fuentes de normas legales que adoptan la forma de excepciones.

*Los responsables de la elaboración constitucional han buscado encarnar las normas internacionales sobre los derechos humanos en las constituciones nacionales, pero puede haber fuentes internas de normas legales que compitan con la constitución, como la costumbre y la religión. Si el derecho consuetudinario es formalmente reconocido e integrado a la constitución, será un vehículo para las nociones en competencia.*

## 5. Democracia y derechos humanos

La democracia es un sistema o forma de gobierno según el cual la ciudadanía es capaz de exigir a los cargos públicos que rindan cuentas. La elaboración constitucional puede consagrar la democratización a través del diseño de instituciones y procesos que protejan el pluralismo político. Se pueden incluir para ello varias medidas, como por ejemplo límites al número de mandatos del Ejecutivo, garantías relacionadas con el libre ejercicio de actividades de los partidos políticos, órganos independientes de gestión electoral y de resolución de disputas electorales, control civil sobre las fuerzas armadas y las fuerzas del orden público, relaciones equilibradas entre el poder ejecutivo y el legislativo, restricciones en el uso de los poderes de emergencia y la ley marcial, garantías para medios de comunicación libres e independientes, y medidas para fomentar un gobierno responsable y transparente.

Puede ser imposible participar en el “mercado de ideas políticas” sin un derecho efectivo al voto, a formar y unirse libremente a las asociaciones políticas, a la libertad de expresión e información, a la libertad de movimiento (con el objetivo de hacer campaña y difundir un mensaje político), y a las garantías institucionales para tener medios de comunicación libres e independientes. La exigencia de estos “derechos políticos” fue, de hecho, una característica común de la elaboración constitucional en muchos países que llevaron a cabo la transición a la democracia después de 1989.

La democracia prospera cuando la ciudadanía es políticamente activa y está informada, para lo cual a su vez se requiere de una sociedad civil abierta. La elaboración constitucional puede utilizarse para aumentar la protección de los derechos civiles, como el derecho a la no discriminación, la igualdad ante la ley, el derecho a la libertad

y la integridad personales, el derecho a la privacidad, el derecho a la propiedad, el derecho a un juicio justo y a la administración de la justicia, la protección contra la servidumbre y el trabajo forzado, la prohibición de la tortura, la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso en todas las situaciones en que los derechos de una persona puedan verse afectados.

***La elaboración constitucional puede consagrar la democratización por medio del diseño de instituciones y procesos que apuntalen la protección del pluralismo político. La elaboración constitucional puede ser una oportunidad para aumentar la protección de los derechos civiles y políticos.***

elaboración constitucional pueden dar cabida a estas ideas incrementando el número de instancias en las que puede recurrirse a un referéndum.

***Es bastante común que en las constituciones se incluyan los mismos derechos que figuran en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esto tiene la ventaja de que conecta el goce de los derechos a una fuente “neutra”, de manera que ningún grupo puede afirmar que esos derechos se derivan de su propia cultura, religión o costumbre.***

En décadas recientes se ha dado un mayor reconocimiento a la importancia de la participación ciudadana en instituciones políticas plurales. Esto se ve en la creciente popularidad de la *democracia directa* y de la *democracia participativa*. Ambos conceptos se refieren a la participación directa de la ciudadanía en las decisiones clave, en vez de depender de manera exclusiva de los representantes electos. Los responsables de la

Además, los diseños constitucionales para la democracia participativa incluyen innovaciones como las asambleas ciudadanas y la gestión participativa de los recursos, generalmente en el gobierno local. Incluso las áreas tradicionalmente reservadas a especialistas, particularmente al poder judicial, pueden permitir la participación popular mediante la expansión del derecho al juicio por jurado, así como por medio del reconocimiento de tribunales populares y tribunales tradicionales, comunales o consuetudinarios.

## **6. Opciones relativas a los derechos humanos en la constitución**

Una opción sencilla es incluir aquellos derechos que forman parte de los instrumentos internacionales. Si se comparan los derechos especificados en las constituciones de los países con los que figuran en los instrumentos internacionales, se aprecia que esta transferencia es bastante común. La ratificación de un instrumento internacional tiene implicaciones prácticas para el lenguaje de los derechos en una constitución. Según este enfoque, los derechos civiles y políticos son derechos individuales frente al Estado. Se consideran en parte derechos negativos dado que su objetivo es evitar que el Estado lleve a cabo ciertos actos que se perciben como puramente nocivos, tal y como limitar la libertad de expresión o asociación. Estos derechos también se consideran de primera

generación, en referencia a su desarrollo histórico. Los derechos económicos, sociales y culturales son aquellos que requieren que el Estado lleve a cabo ciertas acciones de carácter afirmativo. Por este motivo, se describen como derechos positivos. Es el caso del derecho a la educación para toda la ciudadanía o la asistencia social para quienes enfrentan necesidades. Una tercera clasificación reúne los derechos considerados vitales para la sociedad, para la comunidad, y estos se denominan derechos de solidaridad. Incluyen los derechos de los pueblos indígenas, las naciones étnicas y grupos religiosos, las minorías, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, etcétera.

En Estados profundamente divididos y afectados por conflictos, esta opción tiene dos ventajas prácticas. Primero, el lenguaje ya está determinado y solamente es necesario hacer leves ajustes, si fuera el caso. Segundo, y quizás más importante, conecta el disfrute de los derechos a una fuente “neutra”, de manera que ningún grupo pueda pretender que esos derechos derivan de su cultura, religión o costumbre. Si bien las constituciones generalmente afirman de manera expresa o tácita su condición de legislación suprema en el sistema jurídico nacional, es necesario tomar en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, que progresivamente han ido desarrollando obligaciones que los responsables de la elaboración constitucional deben reconocer. La práctica internacional no acepta la posibilidad de ampararse en las constituciones para justificar violaciones de aquellos derechos que se consideran parte de lo que se describe como *derecho internacional consuetudinario*. Esta ley fundamental descansa sobre el consenso generalizado entre los Estados respecto de que ciertos actos nunca deben permitirse, como la tortura, la esclavitud, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. De hecho, algunas constituciones se someten de manera expresa a ciertos instrumentos internacionales o supranacionales, como por ejemplo las de Bolivia (artículo 257), Ecuador (artículo 11) y Guatemala (artículo 46).

***Los derechos civiles y políticos son derechos individuales frente al Estado. Los derechos económicos, sociales y culturales, por otro lado, requieren que el Estado realice ciertas acciones afirmativas, como proveer educación para todos o asistencia social para los ciudadanos en situación de necesidad. La tercera clasificación reúne los derechos considerados vitales para la sociedad, para la comunidad. Se denominan derechos de solidaridad e incluyen los derechos de los pueblos indígenas, las naciones étnicas y los grupos religiosos, de las minorías, las mujeres, los niños, entre otros.***

Los responsables de la elaboración constitucional pueden también considerar qué derechos incluir sobre la base de antecedentes históricos. En general se trata de derechos que surgieron de las luchas políticas en un país, que a veces se extienden a lo largo del tiempo, y que pueden contar con fervientes grupos de partidarios. En India y Nepal, por ejemplo, el derecho de ser protegido contra la intocabilidad está incluido específicamente en la constitución. De manera similar, otros países no tienen otra opción sino proteger el derecho a ser educado en la lengua materna. En Ecuador, los medioambientalistas demandaron, exitosamente, que se incluyeran “derechos de la naturaleza” inalienables en la nueva Constitución de 2008, mientras que los activistas bolivianos consideraron

los derechos de la Madre Tierra. Los derechos consagrados en las constituciones como legado de un conflicto tenderán a perdurar si la población ha luchado por ellos y sigue preparada para pelear por protegerlos.

***Algunos derechos se deben incluir en la constitución sobre la base de los antecedentes históricos, como los que surgieron de una lucha política dentro de un país, a veces a lo largo de un período prolongado.***

Por último, algunos responsables de la elaboración constitucional han reconocido la importancia de incluir otros derechos individuales o colectivos, como aquellos relacionados con las personas mayores, los niños, las personas con discapacidad, la juventud o incluso los presos, cuando de esa forma se encuentra una vía para el consenso.

Dos temas se tienden a presentar en la elaboración constitucional en distintos contextos:

- (a) la distinción entre los derechos de la ciudadanía y los derechos humanos, y
- (b) la distinción entre los derechos básicos o fundamentales y los derechos en general.

### **6.1. Distinción entre los derechos de la ciudadanía y los derechos humanos**

Si bien los términos *derechos del ciudadano*, *derechos fundamentales*, *derechos básicos* y *derechos humanos* se han usado como sinónimos fuera de los círculos expertos, estas nomenclaturas representan distintas prioridades para los responsables de la elaboración constitucional. En situaciones de conflicto, los responsables de la elaboración constitucional han recurrido deliberadamente a los derechos del ciudadano para consolidar la nacionalidad al tiempo que persiguen alcanzar, defender o redefinir la condición del Estado. Después de 1989, la mayoría de las nuevas repúblicas de Europa del Este aprovecharon la elaboración constitucional para realzar la nacionalidad como indicador de la ciudadanía, en algunos casos recurriendo al principio de consanguinidad o vínculo de filiación como transmisor de ciudadanía. Su situación reflejaba el dilema de Grecia al momento de su creación como un nuevo Estado, resumido en la frase “una vez creada la Grecia moderna, busquemos a los helenos”<sup>1</sup>. Algunos países como Bulgaria, Georgia, Hungría y Ucrania continuaron su existencia como Estados individuales involucrados en la creación de una identidad nacional por medio de los derechos de ciudadanía, que reconocían los derechos de los ciudadanos exiliados a volver al tiempo que hacían uso de leyes orientadas a la asimilación para negar los derechos humanos de las minorías, en particular de los romaníes. Por ejemplo, la Constitución de Hungría (de 1949, enmendada en 1989) incluye la siguiente cláusula: La República de Hungría tendrá un sentido de responsabilidad por el destino de los húngaros que viven fuera de sus fronteras y promoverá el fomento de sus vínculos con Hungría (artículo 6). Esta cláusula, que fue reiterada como principio fundamental con respecto a un nuevo proceso de elaboración constitucional, se hace eco de la disposición de la Ley Fundamental de Alemania que define como alemana a la persona de origen étnico alemán que retorna al país en el contexto de la agitación de la Segunda Guerra Mundial (artículo 116). A diferencia de los ejemplos antes mencionados, la antigua Yugoslavia y Checoslovaquia se dividieron en nuevos Estados nación.

Debido al compromiso de estos Estados con las normas europeas, las cuales deben respetar y observar ya sea como nuevos o como futuros miembros de la Unión Europea, han surgido fracturas claras entre la identidad constitucionalizada sustentada en los idiomas oficiales y las tradiciones religiosas, por un lado, y las características multiétnicas, por el otro. Un problema similar ha afectado a las naciones andinas con una población indígena originaria considerable y hasta hace pocos años desatendida: aquí los responsables de la elaboración constitucional han recurrido al lenguaje de los derechos humanos para fortalecer los derechos de ciudadanía de las comunidades previamente marginadas. En África, el problema de quién pertenece al país es uno al que los responsables de la elaboración constitucional aún se enfrentan, y la ciudadanía sigue siendo el factor determinante de la pertenencia en un contexto en el que las naciones étnicas se extienden a ambos lados de las fronteras internacionales y el Estado existe en realidad solamente en el centro. Los conflictos recientes han complicado la ciudadanía más aún, primero en virtud del gran número de migrantes que abandonan ciertos países y, en segundo lugar, por la cantidad igualmente alta de miembros de la diáspora que llegan de otros lugares.

*Derechos de los ciudadanos, derechos fundamentales, derechos básicos y derechos humanos significan cosas distintas, y la nomenclatura de derechos ha representado diversas prioridades para los responsables de la elaboración constitucional. En situaciones de conflicto, los responsables de la elaboración constitucional han utilizado deliberadamente los derechos del ciudadano para consolidar la nacionalidad al tiempo que persiguen alcanzar, defender o redefinir la condición del Estado.*

Un sistema constitucional puede priorizar la protección de los derechos humanos por medio de una ciudadanía común, en vez de por la pertenencia a un grupo en particular. Esta distinción importa cuando los constituyentes pretenden negar ciertos derechos a aquellos que no son ciudadanos, lo cual puede resultar en graves problemas de discriminación. En Colombia los extranjeros tienen las mismas libertades civiles que los ciudadanos, pero los derechos políticos están reservados para los ciudadanos (aunque la legislación puede extender derechos particulares de voto a los extranjeros). Los ciudadanos pueden ejercer y retener el goce de sus derechos fuera del territorio del Estado.

*Han emergido fracturas claras entre la identidad constitucionalizada sustentada por los idiomas oficiales y las tradiciones religiosas, por un lado, y las características multiétnicas, por otro. En África, donde las naciones étnicas traspasan las fronteras internacionales, el problema de quién pertenece es uno al que aún se enfrentan los responsables de la elaboración constitucional, y la ciudadanía sigue siendo el factor determinante de la pertenencia.*

Se corren algunos riesgos cuando se usa el criterio de presencia territorial como base para reconocer derechos a favor de ciertos grupos, pero no de otros, durante el período de elaboración constitucional. Lo que se tiene en mente aquí es la distorsión que produce el conflicto con respecto a la población, bajo la forma de desplazamiento o migración masiva, o cualquier otro cambio significativo en el tamaño y la composición de la población.



***Un sistema constitucional puede priorizar la protección de los derechos humanos por medio de una ciudadanía común, en vez de por medio de la pertenencia a un grupo en particular. Esta distinción importa cuando los constituyentes pretenden negar ciertos derechos a aquellos que no son ciudadanos, lo cual puede resultar en graves problemas de discriminación.***

A veces, los responsables de la elaboración constitucional tratan los derechos humanos como adicionales o supletorios respecto de los derechos de los ciudadanos. Por ejemplo, los constituyentes en Brasil (para la Constitución de 1988) especificaron que, además de los derechos de ciudadanía que ya existían, las minorías y los pueblos indígenas o pueblos originarios tienen derecho a utilizar un idioma minoritario particular, y a conservar sus tierras y sus costumbres.

En la Constitución Interina de Nepal (de 2007) se usó el mismo lenguaje para promover la mejora de las condiciones de los intocables desde un “principio rector” en la Constitución caduca de 1990 hasta un derecho fundamental y exigible. En algunos casos, el lenguaje de los derechos humanos se ha utilizado incluso para permitir que los no ciudadanos de facto puedan ganarse la vida sin discriminación, por ejemplo en Sudáfrica, donde la Corte Constitucional rechazó la idea de que los no ciudadanos no podían ser empleados permanentemente para enseñar en escuelas financiadas por el Estado. En la otra cara de la moneda, la elaboración constitucional puede también modificar la manera en que se conciben los derechos humanos, lo cual puede resultar en que algunos derechos previamente reconocidos sean “omitidos” o “degradados”. Tal es el caso, por ejemplo, de la desaparición del derecho al trabajo en la constitución posterior al gobierno comunista en Hungría, que recogió las intenciones del Parlamento de establecerlo como su “objetivo de Estado” en la nueva Constitución.

Los responsables de la elaboración constitucional que basan los derechos en la ciudadanía deben considerar cuidadosamente la necesidad de proteger a aquellos ciudadanos que carecen de la documentación pertinente, y formular procedimientos apropiados para permitir que las personas adquieran la ciudadanía. Al formular estos procedimientos existe el riesgo de otorgar a algunos grupos políticos una oportunidad para disimular actitudes xenofóbicas como valores ciudadanos, lo que apoya una visión nacionalista de los derechos y se opone a la extensión de los derechos a personas no ciudadanas, a extranjeros y a ciudadanos indocumentados. Si el gobierno no puede determinar fácilmente la ciudadanía o si algunas facciones impugnan la ciudadanía de grupos particulares, las disputas resultantes pueden desatar un conflicto nuevo. Si la constitución vincula los derechos a la ciudadanía, entonces los funcionarios del gobierno podrían priorizar la evidencia de ciudadanía a expensas de individuos que carecen de la documentación adecuada. Para evitar estas situaciones, la constitución puede extender los derechos de ciudadanía a aquellos que tengan un progenitor que es o fue ciudadano del país, permitir la doble nacionalidad, crear la presunción de ciudadanía, y garantizar la reanudación de la ciudadanía para los repatriados y la irrevocabilidad de la ciudadanía.

## 6.2. Distinción entre derechos básicos o fundamentales y otros derechos legales

Los *derechos fundamentales* o *derechos básicos* están protegidos de la interferencia política por medio de su aplicación jurídica ante un poder judicial independiente. Además, los responsables de la elaboración constitucional han aumentado los obstáculos contra la futura manipulación política de los derechos fundamentales, generalmente incluyendo catálogos de derechos cuyos procedimientos de reforma son más rigurosos. *Derechos humanos* es un término genérico que denota aquel contenido constitucional que no solo está incluido en un catálogo de derechos legalmente exigible, sino que al mismo tiempo existe más allá de dicho catálogo. Los derechos humanos aluden a la sustancia de los preámbulos, los principios según los cuales el Estado es gobernado, la ciudadanía, los arreglos institucionales, el diseño del sistema electoral, los acuerdos del sector de seguridad e incluso las disposiciones económicas.

***Los derechos fundamentales priman sobre la legislación dado que no derivan de la ley. Por lo tanto, pueden limitar las acciones políticas y oficiales dentro del Estado de derecho. Los derechos fundamentales o derechos básicos están protegidos de la interferencia política por medio de su exigibilidad jurídica ante un poder judicial independiente.***

Los derechos fundamentales priman sobre la legislación dado que no derivan de la ley, de modo que pueden limitar las acciones políticas y oficiales dentro del Estado de derecho. Las garantías procesales, la igualdad ante la ley, la protección contra la discriminación y otros derechos fundamentales similares establecen los estándares legales que deben seguir los administradores. Determinar si estos estándares se respetan cuando surge una disputa entre partes es una competencia judicial, no política.

La derogación o suspensión constitucional de los derechos fundamentales debe estar expresamente establecida y autorizada en situaciones de emergencia; e incluso en ese caso, no se pueden derogar todos los derechos fundamentales. Por ejemplo, según el derecho internacional la prohibición de la tortura no se puede derogar. Los distintos países tienen distintas normas sobre qué derechos se pueden suspender durante una situación de emergencia y sobre qué reglas son aplicables en tales circunstancias. Las opciones que permiten la revisión judicial en caso de que los derechos fundamentales se vean directamente afectados por el ejercicio del poder de emergencia, esto es, cuando alguien pueda demostrar una vulneración directa de sus derechos, son, en realidad, bastante frecuentes en las diversas tradiciones legales. La derogación es una medida que suspende parcialmente la aplicación de una o más de las disposiciones de derechos, al menos temporalmente. Esta no debe ser una medida discriminatoria, lo cual es un problema cuando hay un estado de emergencia solo en algunas partes de un país, y no en la totalidad, por un período prolongado.

Las limitaciones constitucionales sobre los derechos humanos, por ejemplo para limitar los derechos a la libertad de expresión con el propósito de evitar la incitación al odio, deben adoptar la forma de un estándar legal. Si no es así (usando el caso de la incitación al odio) existe el riesgo de permitir que políticos partidistas desnivelen el proceso

***No se pueden derogar todos los derechos fundamentales, ni siquiera en situaciones de emergencia.***

***Una constitución debe establecer expresamente en qué circunstancias se pueden derogar o suspender ciertos derechos fundamentales, por ejemplo limitando los derechos a la libertad de expresión con el fin de evitar la incitación al odio.***

cuadrar el círculo presentando soluciones legales técnicas a problemas políticos. Esto no solo aumenta los conflictos institucionales entre el poder judicial y los otros poderes del Estado, sino que puede además aumentar peligrosamente los incentivos a imponerse en la política, al mismo tiempo que se ponen en riesgo instituciones democráticas frágiles,

***La pregunta de cómo lidiar con derechos que son controvertidos, y no necesariamente fundamentales, afecta a muchos profesionales.***

electoral al decidir qué constituirá incitación al odio, mientras coartan el derecho a la libre expresión, probablemente de sus oponentes.

Los derechos humanos que amplían los derechos fundamentales pueden requerir consenso político, lo cual los ubica de manera parcial, si no total, en el dominio de la política legislativa. Los responsables de la elaboración constitucional pueden estar a favor de evitar la “judicialización de la política”, según la cual los jueces buscan aprovechar para canalizar desacuerdos fundamentales. La pregunta de cómo lidiar con derechos que son controversiales, y no necesariamente fundamentales, afecta a muchos constituyentes.

## 7. Aplicación y cumplimiento

Una vez incluidos los derechos en la constitución, ¿cuál es su efecto práctico? Como se ha indicado, casi todas las constituciones del mundo catalogan los derechos. Pero la consolidación de los derechos en la constitución no siempre culmina en una cultura de respeto por los mismos, y a veces hay una gran brecha entre los derechos que figuran en la constitución y los derechos en la práctica. Si bien la incorporación de los derechos humanos en los textos constitucionales es beneficiosa a lo largo del tiempo, a medida que se desarrolla el empoderamiento los responsables de la elaboración constitucional deben considerar de manera cuidadosa un segundo aspecto de esta consolidación: la aplicación de estos derechos.

***Los responsables de la elaboración constitucional deben considerar cuidadosamente la aplicación de los derechos recogidos en la constitución. El Estado tiene la obligación de proteger los derechos, pero no hay muchos medios para implementarlos.***

En el derecho internacional, el instrumento principal de aplicación es el Estado, que garantiza el Estado de derecho. La obligación de proteger los derechos está dirigida al Estado, que debe tomar medidas para darles efecto y garantizar el acceso a un sistema jurídico que permita a las víctimas obtener soluciones efectivas.

Si bien las constituciones pueden incluir derechos y extenderlos de forma considerable, no existen muchos medios reales para implementarlos. Sin embargo, los expertos

han considerado varios mecanismos para catalizar su aplicación y garantizar su cumplimiento.

### 7.1. Asistencia para la interpretación

Las constituciones mismas quizás no puedan lidiar con los problemas sustantivos de los derechos humanos. Aun cuando algunas disposiciones constitucionales que refieren a derechos humanos son detalladas y específicas, muchas otras expresan fórmulas y son generales y abstractas. La generalización puede ser producto de la tradición de redactar las reglas de manera que sean generalmente aplicables, o puede ser resultado de un compromiso particular. Sin embargo, aplicar fórmulas generales es problemático porque requiere de interpretación. En consecuencia, los responsables de la elaboración constitucional se han esforzado por crear pautas para la interpretación, tales como los principios y las declaraciones en los preámbulos. Establecer la base moral de la constitución también es una opción, pero es problemática si esa moralidad no es universalmente compartida en el Estado o contradice otras disposiciones de la constitución.

*Aplicar fórmulas generales es problemático porque requiere de interpretación. Los responsables de la elaboración constitucional han intentado, entonces, establecer directrices para dicha interpretación.*

Algunas constituciones incluyen disposiciones que llaman a los que están a cargo de la interpretación a hacerlo de manera conjuntiva y no disyuntiva, y de modo constructivo, con la intención de promover una aplicación con propósito. Algunos constituyentes han intentado facilitar su aplicación al redactar la constitución como una guía legal práctica, incluyendo una gran cantidad de detalles, por ejemplo respecto de los derechos de un grupo minoritario.

### 7.2. Procedimientos para aplicar disposiciones sobre derechos humanos

Los tribunales no solo están llamados a dirimir disputas claras sobre derechos humanos, sino que una parte importante de su mandato también consiste en aclarar las indefiniciones de los derechos humanos en las que la incertidumbre es alta y las opiniones están ampliamente divididas. Durante las negociaciones sobre la nueva Constitución de Sudáfrica (1994-1996), los líderes de la Asamblea Constituyente elegida democráticamente estaban de acuerdo en que

*Los tribunales pueden ser llamados a aclarar la indefinición de los derechos humanos cuando la incertidumbre es alta y las opiniones están ampliamente divididas. Los actores políticos ven con sospecha los intentos de usar los tribunales para pronunciarse sobre los derechos de las minorías y otros grupos periféricos.*

la pena de muerte violaba los principios relativos a los derechos humanos. Pero la pena de muerte era enormemente popular, por lo que en caso de un referéndum universal la mayoría habría estado a favor. Los negociadores optaron por delegar la resolución de este asunto a la recientemente creada Corte Constitucional. En su momento, esta Corte efectivamente declaró que la pena de muerte era inconstitucional y una violación

de los principios relativos a los derechos humanos. La legitimidad de la Corte, aun cuando era un órgano nuevo y a pesar de la desconfianza social generalizada acerca de las instituciones del Estado, permitió que fuera un árbitro cuya decisión fue ampliamente aceptada. Sin embargo, el tema no quedó definitivamente zanjado y en las campañas electorales de 2005 algunos líderes proclamaron su potencial apoyo a un referéndum sobre esa misma cuestión, como una manera de forjar su propia credibilidad tomando una postura firme en contra del crimen descontrolado en el país.

Los tribunales involucrados en estos ejercicios pueden percibirse como “los que elaboran las leyes” más que como los que las interpretan. Esto es importante cuando la acusación es que están cambiando o enmendando la constitución sin consentimiento democrático. Los actores políticos miran con recelo estos intentos de utilizar los tribunales para pronunciarse sobre los derechos de las minorías u otros grupos periféricos, en parte porque buscan monopolizar el poder de “elaboración de leyes” y en parte para proteger a sus partidarios en el electorado. Para apoyar el delicado equilibrio constitucional étnico de Etiopía, que hace depender los derechos humanos de la calidad de miembro de una de las naciones o nacionalidades, la constitución autoriza al poder legislativo de manera expresa a ser el único órgano con derecho a interpretar disposiciones de la constitución, incluso en relación con las disputas ante los tribunales de justicia.

### **7.3. Procedimientos de reclamación en la constitución**

¿Quién puede iniciar reclamaciones y exigir la aplicación de los derechos? ¿Solo el individuo directamente afectado o también un grupo en su representación? ¿Qué pasa con los grupos que actúan a favor del interés general? Es importante hacerse estas preguntas sobre la aplicación judicial de los derechos. Al mismo tiempo, las normas procesales sobre el acceso a los tribunales en relación con la aplicación de los derechos humanos se tratan con un alto grado de generalidad en las constituciones, probablemente en consideración al nivel de detalle implicado. La tendencia ha sido que los responsables de la elaboración constitucional encomienden a los tribunales la creación de reglas simples y que faciliten el acceso. Las constituciones garantizan expresamente el derecho a reclamar individualmente por vulneraciones de derechos, en vez de diferir tal derecho a la legislación futura o a los fallos judiciales.

*La tendencia ha sido que los responsables de la elaboración constitucional encomienden a los tribunales la creación de reglas simples y que faciliten el acceso.*

### **7.4. Garantías institucionales**

Las comisiones sobre derechos humanos son cada vez más comunes y muchas siguen las directrices avaladas por las Naciones Unidas para las instituciones de derechos humanos. El problema principal es hasta qué punto estos órganos pueden ofrecer “recursos efectivos” a las personas y los grupos que alegan violaciones de derechos humanos. El abanico de opciones para estas comisiones va desde la adjudicación de reparaciones, incluidas las indemnizaciones monetarias, hasta la propuesta de recomendaciones cuya ejecución correspondería en todo caso a otras instituciones públicas.

## 8. Tensiones relacionadas con derechos específicos

Durante la elaboración de constituciones, la movilización de distintos grupos en términos de “nuestros” derechos frente a “los de los otros” implica que ciertos derechos causarán más conflictos y tensiones que otros. Estos incluyen:

- (a) derechos de las minorías;
- (b) derechos de las mujeres, y
- (c) derechos económicos y sociales.

*Ciertos derechos causan más conflictos y tensiones que otros, entre ellos los derechos de las minorías, los derechos de las mujeres y los derechos económicos y sociales.*

### 8.1. Derechos de las minorías

La contienda por el reconocimiento legal y político de distintos grupos y actores en el diálogo constitucional ha tomado frecuentemente la forma de disputas sobre los derechos humanos de minorías y pueblos indígenas. En Brasil (1988), Bolivia (2009) y Ecuador (2008) hubo agitación constitucional respecto del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. En Indonesia, la deliberación sobre la reforma de la constitución estuvo entrelazada con el concepto de *pancasila* sobre múltiples culturas y los derechos de las minorías, como los nativos de Aceh y otros territorios (véase el capítulo 2 sobre principios y temas transversales). En Nepal, las demandas de las minorías étnicas durante la elaboración constitucional en marcha después de un conflicto de 10 años que terminó en 2006 estuvieron en el centro de la discusión. En Eritrea y Etiopía los procesos constitucionales de 1994 resultaron en gran parte de las demandas de distintos grupos étnicos de ser reconocidos como entidades capaces de autodeterminación. En Sudáfrica, las disputas relativas a los derechos de una mayoría racial *vis-à-vis* la minoría fueron centrales en la negociación de los años 1990-1996, que terminaron en una constitución democrática “no racial” en 1996. En Afganistán los derechos de afiliación religiosa y de las mujeres surgieron en las discusiones de la Asamblea Constituyente o Loya Jirga de 2003. La discriminación en el pasado y las prevalentes clasificaciones identitarias tuvieron mucho peso en las demandas de cambio constitucional. Resolver las reivindicaciones de derechos de grupos minoritarios en muchos casos pasó a ser el foco de la elaboración constitucional y una de las mayores fuentes de tensión.

El concepto de derechos humanos de las minorías implica en primer lugar que las personas que pertenecen a un grupo minoritario definido tienen los mismos derechos, en igualdad de condiciones y sin discriminación, que todas las demás personas; en segundo lugar ese concepto comprende el derecho de un grupo minoritario a reclamar derechos particulares en cuanto tal. Una manera alternativa de ver la segunda proposición es que los individuos pueden adquirir o perder ciertos derechos específicos al unirse o pertenecer a grupos minoritarios.

*El concepto de derechos humanos de las minorías no solo implica que los individuos que pertenecen a un grupo minoritario definido tengan los mismos derechos que el resto de la ciudadanía, sino que también comprende el derecho de un grupo minoritario a reclamar, como tal, derechos particulares.*

El tema de los derechos de las minorías es multivalente y complejo. Es útil que los responsables de la elaboración constitucional definan primero las cuestiones principales por medio de preguntas como: ¿Cuál es la naturaleza del problema “de la minoría”? ¿Por qué es este asunto “de la minoría” un problema nacional que requiere medidas constitucionales? ¿Qué medidas es necesario que considere la constitución y de qué manera contribuirán a mitigar el problema?

### 8.1.1. ¿Quién forma parte de una “minoría”?

Definir quién constituye una minoría es un desafío en sí mismo. Más allá del hecho de que algunos grupos rechazan el término porque les parece denigrante, los responsables de la elaboración constitucional se han encontrado con la dificultad de definir un “límite” claro para identificar lo que constituye una minoría. Además, casi todas las clasificaciones de minorías basadas en una línea de demarcación incluyen conceptos y categorías desarrollados en una esfera sociológica o antropológica, entre otras, lo que puede causar efectos legales y políticos opuestos en distintas constituciones. Lo mismo puede ocurrir con denominaciones genéricas o amplias cuando la cuestión de quién está incluido en esa denominación genera conflictos.

La legitimidad de un grupo minoritario autodefinido puede verse cuestionada o desestimada casualmente por quienes no participen de ese grupo, independientemente de que constituyan una mayoría o no. Una minoría autodefinida, además de reclamar derechos legales, puede necesitar superar estigmas y la idea de que pueda ser descartado como “anormal”. Sin embargo, incluso los criterios relativamente “objetivos” de la condición de minoría, como el tamaño de su población, pueden ser arbitrarios.

Al planear medidas especiales para proteger a las minorías, la Asamblea Constituyente de India en sesión en 1949 no consideró a los indios musulmanes una minoría constitucional, aunque de facto, en términos numéricos, sí lo eran. Sin embargo, sí consideró a los hindúes de casta baja y a los intocables como una minoría, aun cuando en términos religiosos eran innegablemente miembros de la fe hindú, la religión mayoritaria del país. Al mismo tiempo,

***Definir quién constituye una minoría es un desafío en sí mismo. La legitimidad de un grupo minoritario autodefinido puede ser cuestionada por quienes no son parte de ese grupo. Incluso los criterios relativamente “objetivos” de la condición de minoría, como el tamaño de la población, pueden ser arbitrarios. El derecho internacional puede ser una guía, pero no es adecuada siempre.***

cuando las conversaciones constitucionales ligan la condición de minoría con su tamaño numérico, el riesgo es que ciertos principios se vean eclipsados por cálculos que llevan a la división de grupos y a la multiplicación de las minorías, lo cual puede ser contraproducente. El derecho internacional puede ser una guía, pero no es adecuada, dado que, si bien reconoce algunas categorías como determinantes de la condición de minoría, hay algunas categorías más definidas que otras. Por ejemplo la categoría de “pueblos indígenas” está mejor definida que la de “grupo étnico”

en la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, de las Naciones Unidas. También existen Estados

multiétnicos afectados por conflictos donde el grupo dominante es de hecho una minoría numérica. Y en otros casos un grupo numéricamente dominante se ha visto sometido a una desventaja política mediante alianzas electorales entre grupos minoritarios.

Parte del esfuerzo que se requiere de los responsables de la elaboración constitucional es no generar áreas de discusión que prolonguen las tensiones derivadas de las definiciones de diversos grupos y los elementos que los identifican. Con respecto a las minorías, es importante notar que las categorizaciones definitorias frecuentemente varían al igual que la clasificación de las mayorías. Por ejemplo, en el caso de Bolivia, la población campesina indígena originaria podría describirse como un grupo propio y diferenciado. El resultado fue que algunos de los pueblos diversos que lo constituyen dejarían de ser minorías dentro de este contexto, lo cual limitaría el ejercicio de sus derechos. Las clasificaciones genéricas pueden excluir a minorías o invisibilizar a las mayorías.

Además, los responsables de la elaboración constitucional pueden querer cambiar los términos de diferenciación para intentar interrumpir ciclos de conflicto recurrentes. Los grupos se pueden ver estandarizados a partir de los derechos humanos, lo que generalmente se hace incluyendo los términos de reconocimiento de diferencias en la constitución y prohibiendo la discriminación basada en estos términos. De hecho, estos términos pueden alejar la controversia del eje minoría-mayoría. Por ejemplo, las diferencias basadas en el origen, la edad e incluso el género pueden utilizarse para prohibir la discriminación, aun cuando podría ocurrir que la mayoría de personas jóvenes y las mujeres se encuentren en desventaja, en relación con una minoría de ciudadanos mayores u hombres. Finalmente, hay un problema de suposición de homogeneidad. En realidad, cada grupo “minoritario” es dinámico y puede estar compuesto por minorías dentro de las minorías. Algunas clasificaciones de minorías pueden también reforzar otras.

***Los responsables de la elaboración constitucional pueden intentar cambiar los términos de diferenciación para romper con los recurrentes ciclos de conflicto, pero deben evitar generar áreas de discusión que prolonguen tensiones derivadas de la definición de los diversos grupos y sus elementos de identificación.***

La movilización de grupos minoritarios durante la elaboración constitucional para exigir derechos específicos es una característica común en Estados profundamente divididos y afectados por conflictos. Algunos grupos minoritarios pueden estar aislados y concentrados en un territorio determinado, como los pueblos indígenas, o bien estar dispersos a lo largo del Estado, como por ejemplo las personas homosexuales. En contextos de profunda división social, las minorías pueden movilizarse en términos de delimitaciones “fijas” de la identidad, a lo cual los responsables de la elaboración constitucional responden definiendo varias opciones de derechos, por ejemplo:

- *Minorías religiosas.* Asumiendo que se acepta algún tipo de protección constitucional para religiones particulares, los responsables de la elaboración constitucional pueden hacer uso de medidas específicas para proteger a las minorías religiosas. Se ha incorporado la protección especial para las minorías en sistemas constitucionales que nominalmente son laicos y en general no reconocen



derechos basados en la religión. Otras medidas son necesarias precisamente porque quienes elaboran las constituciones son presionados para designar una religión como “oficial” o “tradicional”, o por la influencia de una religión particular en la sociedad. Las medidas pueden ser tangibles, en vez de un mero reconocimiento de principios, como el principio de libertad de conciencia. Por ejemplo, el derecho de los grupos religiosos a organizar sus propias escuelas y otros servicios comunitarios (hospitales, albergues, etc.) es una medida importante y tangible, teniendo en cuenta que en Estados afectados por conflictos los grupos religiosos juegan un papel clave en lo que respecta a la provisión de servicios públicos para sus comunidades. También se han considerado medidas para aplicar leyes basadas en la religión en lugares donde los grupos religiosos tienen un marco normativo distintivo. Es posible tanto crear espacio en el sistema jurídico formal para reconocer y aplicar normas basadas en la religión que beneficien solamente

a grupos específicos, como permitir la concurrencia de sistemas jurídicos paralelos. La inclusión de la ley islámica en el sistema jurídico formal en la nueva Constitución de Kenia (2010) fue un tema controvertido y complicado. Como una muestra de respeto e inclusión de los musulmanes del país, que constituyen un 9 por ciento de la población, la nueva Constitución permite establecer tribunales *Kadhi* en el sistema formal, que se especializan en disputas entre particulares en el ámbito del derecho de familia cuando ambas partes son musulmanas. En varios países la discusión gira en torno al concepto de la laicidad y sus implicaciones.

***La protección especial para las minorías ha sido admitida en sistemas constitucionales que nominalmente son laicos y en general no reconocen derechos basados en la religión. Otras medidas han sido necesarias precisamente porque los responsables de la elaboración constitucional son presionados para designar una religión como “oficial” o “tradicional”, o por la influencia real que una religión particular ejerce sobre la sociedad.***

- *Minorías raciales.* La normativa internacional de los derechos humanos sobre la discriminación por motivos raciales es una de las más antiguas, y se remonta a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), que entró en vigor en 1969 como una reacción al extendido antisemitismo. El artículo 1 de la CERD define la discriminación racial como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje, u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”. El significado de “raza” es menos evidente, pues no se distingue de “origen étnico” en el instrumento. Conforme a la CERD, son inadmisibles la categorización racial, la segregación racial y el *apartheid*. A nivel nacional, algunos países permiten que los grupos se movilen sobre la base de la “raza”, aun cuando los responsables de la elaboración constitucional lo consideraron un criterio de diferenciación inadmisibles. Sudáfrica ofrece un ejemplo al respecto.

La Constitución de 1996 establece expresamente que el Estado está basado en una “democracia no racial”. En las conversaciones que condujeron a la creación de la Asamblea Constituyente de 1994, el término “multirracial” fue considerado y finalmente rechazado por la aparente razón de que podría abrir la puerta a clasificaciones basadas en la raza y así dar cierta validez a las distinciones vigentes durante el *apartheid*, cuestión que los responsables de la elaboración constitucional querían evitar a toda costa. Los partidos principales acordaron entonces como principio constitucional que la constitución en proceso creara una democracia no racial. Al mismo tiempo, no se rechazó la posibilidad de tener en cuenta la desigualdad entre la minoría racial blanca y la inmensa mayoría de raza negra. De hecho, desde que la constitución entró en vigor, Sudáfrica ha seguido políticas altamente debatidas y disputadas, que buscan empoderar a los “sudafricanos negros” como una categoría racial. Estas políticas se modelaron sobre la base del trato preferencial otorgado en Malasia a los malayos como grupo racial para transferir el control de la economía al grupo racial mayoritario. Finalmente, algunas constituciones prohíben específicamente la incitación al odio racial y no reconocen a los partidos políticos que no son compatibles con la armonía racial.

- *Minorías étnicas.* Si los responsables de la elaboración constitucional aceptan alejarse de un proceso de “construcción de la nación” asimilacionista, entonces es admisible reconocer la organización y movilización de personas para que participen en los asuntos públicos sobre la base de criterios étnicos. Por ejemplo, se ha permitido que las minorías étnicas gocen de derechos al idioma, se beneficien de reservas territoriales cuyos recursos pueden explotar, sean representadas en la toma de decisiones en distintos niveles de gobierno, apliquen su propia ley y costumbre, y mantengan sus formas tradicionales de autoridad ya sea dentro o fuera del sistema formal de gobierno. Estas medidas son sensibles al contexto; en algunos casos, el impacto de los líderes étnicos en el gobierno formal es considerable, aun cuando la constitución los relegue a la sociedad civil, como ocurre en Nigeria. En otros casos, su impacto en el gobierno formal es marginal, aun cuando la constitución reconoce formalmente sus roles, por ejemplo en Sudáfrica. Para organizar las diferentes opciones, los responsables de la elaboración constitucional podrían considerar si el objetivo es permitir que las minorías étnicas dejen su huella en la evolución de la política nacional o meramente reconocer las diferencias culturales que existen en la sociedad. En relación con la primera de estas posibilidades, puede ser que la constitución deba dar lugar a la representación y participación en los distintos niveles de gobierno.

***Los responsables de la elaboración constitucional han permitido que las minorías étnicas gocen de derechos al idioma, se beneficien de reservas territoriales, sean representados en la toma de decisiones en distintos niveles de gobierno, apliquen su propia ley y costumbre, y mantengan sus formas tradicionales de autoridad dentro o fuera del sistema formal de gobierno. Estas medidas son sensibles al contexto.***

- *Pueblos indígenas.* El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas a veces se confunde con el reconocimiento de las minorías étnicas. Los pueblos indígenas se pueden distinguir haciendo referencia a su estatus de “pueblo originario”, lo que implica reconocer que fueron los habitantes originales del territorio (en parte o en su totalidad) que ahora es subsumido por el Estado cuya constitución se está elaborando. La mayoría de las opciones constitucionales relacionadas con estos grupos están íntimamente entrelazadas con el dominio y control sobre sus tierras y el derecho a la autodeterminación cultural, siendo ambos percibidos como elementos integrales de la expresión de la identidad indígena. En otros casos, como en Filipinas, las reivindicaciones de los pueblos originarios pueden extenderse a reclamaciones de carácter político. Hacer una distinción entre las reclamaciones de carácter cultural y las de carácter político puede contribuir a dar respuesta a las reivindicaciones. En lo que respecta a las primeras, el derecho internacional, específicamente el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, ha servido como guía. Las reclamaciones de carácter político, por otro lado, requieren opciones para otorgar una autonomía real y permitir la participación y representación en la vida pública convencional. Puede ser útil establecer qué ocurre cuando se descubren o explotan recursos naturales valiosos en las tierras de los pueblos indígenas, dado que este suele ser un factor de conflicto grave. Además, los responsables de la elaboración constitucional han recurrido a opciones como el reasentamiento de las personas en tierras igualmente viables cuando sea posible y si el daño medioambiental a la tierra original de todos modos impide que residan allí. Estas opciones pueden incluir el derecho de restitución de las tierras originarias si las expulsiones forzadas son parte del problema. Sin embargo, otras opciones implican mecanismos de consulta que pueden no ser vinculantes y que están diseñados para permitir que los pueblos indígenas tengan una voz respecto de la explotación de sus tierras (y se beneficien de la misma).
- *Refugiados y personas desplazadas.* Sorprendentemente, muchas constituciones guardan silencio respecto de los derechos de los refugiados y las personas desplazadas de sus hogares a causa de conflictos. Es sorprendente porque las cifras pueden ser bastante altas en los Estados afectados por conflictos. Parte del problema radica en que este asunto se considera un tema administrativo “temporal” que se resolverá cuando las personas sean reasentadas en alguna parte. El problema también se da en parte por el intento de la política de cultivar la lealtad de la ciudadanía mediante el reconocimiento de derechos. Adicionalmente a los conflictos, muchas personas son desplazadas cuando se les niega su ciudadanía. Con un diseño constitucional que asigna la transferencia de la ciudadanía mayoritariamente a la descendencia familiar y a la naturalización de las personas, la mayoría de las personas desplazadas y los refugiados tiene pocas opciones. Además, sus posibilidades de hacer presión ante los responsables de la elaboración constitucional

***La movilización de grupos minoritarios durante la elaboración de constituciones para exigir derechos específicos es común en los Estados profundamente divididos y afectados por conflictos.***

son limitadas en la práctica, considerando que la ciudadanía es una condición para la participación política. Por eso, quienes elaboran constituciones deben procurar tener un enfoque abierto y proactivo que permita que la constitución remedie la vulnerabilidad de estos grupos.

### 8.1.2. Prohibición de la discriminación y provisión de medidas especiales

Dependiendo del tipo de reivindicaciones desplegadas por los grupos que impulsan el cambio constitucional hacia el reconocimiento de los derechos de las minorías, y de la oposición a dicho reconocimiento, los responsables de la elaboración constitucional pueden considerar dos enfoques, según los cuales la protección de las minorías se llevaría a cabo mediante:

- la prohibición de la discriminación, y
- la provisión de derechos y medidas especiales (que no deben confundirse con privilegios).

#### *Prohibición de la discriminación*

El derecho a la no discriminación o al tratamiento igualitario es relativamente simple. Casi todas las constituciones coinciden en incluir disposiciones que prohíben la discriminación basada en el origen, el idioma, el género, la edad, la identidad étnica, la raza, etc. Los responsables de la elaboración constitucional también buscan cambiar los términos del reconocimiento de las diferencias, pasando de términos de identidad fijos a términos de identidad fluidos. Un ejemplo es la prohibición de autoidentificarse en términos étnicos o la prohibición de crear partidos políticos conformados por una sola etnia. Esto se puede hacer de forma paralela a la creación de incentivos constitucionales para la formación de asociaciones cívicas, de modo que sea posible beneficiarse del disfrute de derechos que se niegan a otros tipos de asociaciones. La idea es que todas las personas puedan ejercer derechos similares formando asociaciones voluntarias, en vez de que los derechos solamente puedan ser reclamados por quienes pertenecen a grupos cuya identidad es fija. El resultado es que la constitución es la única base común reconocida para el ejercicio de los derechos y la única fuente de derechos, en vez de la costumbre o la religión. Además, este enfoque genera una impresión de inclusividad, en la medida en que la protección de las minorías es parte de las protecciones que cubren a todos los demás. Las protecciones que abarcan a más personas son más fáciles de acordar durante los procesos de negociaciones que las medidas especiales que benefician a grupos particulares.

***Además de prohibir la discriminación basada en el origen, el idioma, el género, la edad, la identidad étnica, la raza, etc., los responsables de la elaboración constitucional han cambiado los términos de reconocimiento de las diferencias de términos de identidad fijos a términos de identidad fluidos, por ejemplo prohibiendo la autoidentificación en términos étnicos o los partidos políticos de una sola etnia.***

La efectividad de una cláusula de igualdad depende de que la ciudadanía la conozca y de que tenga acceso a la justicia; también se parte del supuesto de que los miembros de

grupos minoritarios que se enfrentan a violaciones son conscientes de estos derechos y pueden recurrir a los tribunales constitucionales en búsqueda de una solución.

### *Provisión de derechos y medidas especiales*

En las sociedades afectadas por conflictos, el reconocimiento de los derechos de las minorías puede requerir medidas especiales ya sea para proteger a grupos particulares frente a la persecución o para que dejen atrás su condición de marginados y se unan a la sociedad convencional. Los derechos especiales se otorgan para hacer posible que las minorías preserven su identidad, características y tradiciones. La concesión de derechos especiales sugiere que los responsables de la elaboración constitucional están preparados para aceptar las consiguientes diferencias de trato entre las minorías y el resto de la sociedad. Esta diferencia puede justificarse como una promoción efectiva de la igualdad y el bienestar de una comunidad en conjunto, en términos de las intenciones generales de la constitución que se está elaborando.

Las medidas especiales pueden tomar distintas formas y los responsables de la elaboración constitucional pueden optar por una o por varias según el contexto. En general, estas incluyen:

- autonomía territorial o descentralización o “separación vertical del poder” (véase el capítulo 7 sobre las formas descentralizadas de gobierno);
- mecanismos para la distribución del poder (véase el capítulo 4 sobre el diseño del poder ejecutivo);
- pluralismo legal (véase el capítulo 6 sobre el diseño del poder judicial);
- autonomía cultural (o reconocimiento constitucional de y autorización para la diversidad cultural);
- acuerdos de consociación (formas especiales de compartir el poder en algunos Estados afectados por conflictos);

***Los derechos especiales se otorgan para hacer posible que las minorías preserven su identidad, sus características y sus tradiciones, siempre que los responsables de la elaboración constitucional estén preparados para aceptar las diferencias resultantes entre el trato de las minorías y el del resto de la sociedad. Estas diferencias pueden justificarse como una promoción efectiva de la igualdad y el bienestar de la sociedad en conjunto.***

- distribución del poder basada en el sistema electoral (específicamente, mediante formas de representación proporcional; véase el manual de IDEA Internacional sobre diseño de sistemas electorales)<sup>2</sup>;
- el derecho a la autodeterminación, y
- reglas y políticas de discriminación positiva.

Los derechos a la autodeterminación y la discriminación positiva son altamente contenciosos y pueden causar divisiones, en parte porque son términos poco comprendidos y altamente politizados.

## *Derecho a la autodeterminación*

La autodeterminación no es lo mismo que la independencia formal. El derecho internacional reconoce el derecho a la autodeterminación dentro de un Estado existente. Efectivamente, un grupo legítimo tiene derecho a elegir su propio destino, pero esa elección no tiene que ejercerse de una forma particular. El concepto de autodeterminación puede incluir reivindicaciones sobre distintas formas de autonomía; puede significar la separación y secesión completa, en un extremo, o formas limitadas de autonomía, en el otro. En la práctica, toda solicitud de autonomía puede ser objeto de controversia, independientemente de su forma. Así ocurre con la autonomía cultural de un grupo minoritario cuando se percibe que afecta negativamente los intereses conjuntos de quienes no pertenecen a ese grupo minoritario. Sin embargo, si bien la autodeterminación no implica independencia de manera automática, tampoco niega la posibilidad de buscarla y lograrla de manera exitosa.

Los conflictos de autodeterminación en los que se persigue el reconocimiento internacional como Estado son multivalentes y extremadamente complejos. Pueden durar varios años y su resolución puede requerir la participación de actores internacionales. En algunos casos se ha llegado a un acuerdo tras años de agotadoras negociaciones que han culminado en el cese del conflicto armado y en formas de autonomía y distribución del poder que aún están en etapa de implementación. Algunos ejemplos son Irlanda del Norte y el Acuerdo de Viernes Santo con el Reino Unido, firmado en 1998; las complejidades de las dos entidades que forman Bosnia y Herzegovina (la Federación de Bosnia y Herzegovina y la República Srpska) siguiendo el Acuerdo de Dayton de 1995; los acuerdos de distribución de poder y autonomía de 2001 para la autonomía de Bougainville respecto de Papua Nueva Guinea, y el caso de las minorías tribales Azawad, en Malí (acuerdo de 1996), y, más recientemente, el acuerdo de autonomía de Sudán del Sur de 2006, que resultó en la votación pacífica a favor de la independencia por medio de un referéndum en 2011. En otros casos las situaciones aún no están resueltas, como ocurre con la autodeterminación de los albaneses de Kosovo en 2008 y, el mismo año, con la separación de Osetia del Sur y Abjasia en Georgia. Observar estos casos puede ser útil para que los responsables de la elaboración constitucional aprecien lo que está en juego cuando los medios constitucionales aún están al alcance para resolver las solicitudes de autodeterminación de las minorías en Estados profundamente divididos y afectados por conflictos. Considerando que el riesgo de conflicto en los años recientes ha sido mayor en lugares donde el Estado es frágil —tanto en Estados grandes como pequeños—, la evolución de medidas constitucionales que “funcionan” en distintos contextos es extremadamente útil.

***El derecho internacional reconoce el derecho a la autodeterminación dentro de un Estado existente. El concepto puede incluir diferentes formas de autonomía, desde la separación total y la secesión hasta formas limitadas de autonomía. En la práctica, cualquier reivindicación de autonomía puede ser objeto de controversia, independientemente de su forma.***

Dado que la Constitución de Etiopía, adoptada en diciembre de 1994, garantiza a las minorías el derecho a la autodeterminación, se la conoce por ser amigable con las

minorías. Fue redactada por una Asamblea Constituyente elegida por voto popular que en realidad estaba dominada por un grupo armado que había derrocado militarmente a la junta marxista hasta entonces en el poder. Con el objetivo de ganar legitimidad política entre los distintos grupos étnicos etíopes, algunos de los cuales estaban involucrados en insurrecciones contra el Estado, la Asamblea Constituyente decidió reconfigurar el Estado etíope unitario como una federación étnica. La nueva constitución etíope prevé para cada grupo étnico oficialmente reconocido en el país el derecho a la autodeterminación, incluida la secesión (artículo 39.1). Reconoce un amplio rango de derechos humanos individuales y colectivos de acuerdo con los tratados ratificados por Etiopía. Al mismo tiempo, establece que las “naciones, nacionalidades y pueblos” de Etiopía son los componentes mínimos del país, en contraposición a los individuos. En lo que se refiere a la implementación, la constitución ha hecho de la etnicidad el indicador más relevante de identidad en el Estado. Dado que gran parte del poder está consolidado en el Primer Ministro, ante quien el gabinete es responsable y quien es también el comandante de todas las fuerzas armadas, la cultura de los derechos humanos en desarrollo está diseñada para depender de la negociación política con el centro.

***Los conflictos de autodeterminación en los que se persigue el reconocimiento internacional como Estado son multivalentes y extremadamente complejos, se extienden por varios años y generalmente involucran a terceros internacionales para su resolución.***

Para reforzar su dimensión política, la constitución confiere a la Asamblea Nacional toda la autoridad para interpretar las disposiciones de la constitución, incluyendo aquellas bajo disputa en los tribunales. El enfoque de Etiopía hacia la autodeterminación es único en cuanto otorga autodeterminación hasta el punto de contemplar la posibilidad de secesión.

España ofrece una aproximación distinta. El país incluye tres “naciones históricas”: Cataluña, el País Vasco y Galicia, cada una de las cuales tiene su propia identidad y movimientos nacionalistas. La Constitución de España (1978) intentó crear un autogobierno para cada una de estas tres nacionalidades históricas, al tiempo que extendió ese mismo principio a cualquier otra región que lo solicitara. Estableció distintos grados de autonomía en las tres naciones históricas y en el resto de España, aunque en principio todas las regiones podrían obtener el mismo nivel. Los movimientos en favor de la autonomía se propagaron rápidamente y surgieron 17 gobiernos autónomos. A pesar de que se reconoció la naturaleza arraigada de estas naciones, los responsables de la elaboración constitucional rechazaron deliberadamente la idea de que algún grupo tuviera derechos legales distintos a los otorgados en la constitución misma.

Por lo tanto, si bien en muchos contextos las exigencias de autodeterminación son impulsadas por diversos motores de cambio, en la práctica los responsables de la elaboración constitucional ven la autodeterminación como un marco legal y político flexible, en el que los derechos sustantivos se expresan de forma dinámica. Dentro del contexto dado, dichos constituyentes pueden trabajar con opciones interrelacionadas, enfatizando la dispersión de la autonomía y la consolidación de los aspectos comunes según se necesite. También es crucial que quienes elaboran constituciones tomen en

cuenta la dificultad de la implementación y pongan atención a los medios de arbitrio de disputas entre entidades autónomas sujetas a la autodeterminación y otras entidades involucradas en esos casos complejos.

### *Acción afirmativa o discriminación positiva*

La discriminación positiva puede tomar varias formas, como un trato preferencial para grupos minoritarios en la educación o el empleo público, medidas culturales como el apoyo gubernamental para la educación en el idioma local o medidas simbólicas como disculpas oficiales. A partir de aquí se pueden hacer más distinciones. Primero, el Estado puede beneficiar a un grupo sin perjudicar a otro, por ejemplo impartiendo educación pública en el idioma local. Segundo, y en contraste, el Estado puede emplear la discriminación positiva, la cual distribuye recursos escasos —como el ingreso a las universidades— hacia un grupo favorecido, en perjuicio de otros. Dado que el Estado redistribuye recursos entre grupos, estas decisiones tienen cierta carga política.

Algunas preguntas iniciales clave incluyen: ¿Ha marginalizado el Estado históricamente a algún grupo en particular? En caso de que sí, ¿pueden las medidas constitucionales remediar su sufrimiento y asegurar la igualdad? ¿Cuál es el diseño constitucional óptimo para estas medidas: medidas legalmente exigibles o autorización legislativa de medidas discrecionales que sean políticamente viables y se ajusten a los recursos disponibles?

Si la discriminación positiva es parte del plan, la cuestión también puede ser cuáles son las formas adecuadas para lograr los objetivos deseados. Los expertos podrían considerar las siguientes preguntas:

- ¿Las constituciones deben usar *cuotas* o *asientos reservados*? ¿Estas medidas deben ser vinculantes o no vinculantes?
- ¿Qué forma o modelo debería adoptar la discriminación positiva? ¿Debería ser un programa de duración fija o indefinida? ¿De acuerdo con qué criterio debería identificarse a los potenciales beneficiarios? ¿Simplemente por su pertenencia a un grupo particular?
- ¿Pueden beneficiarse varios grupos de la discriminación positiva al mismo tiempo?
- ¿Deben los tribunales aplicar o delinear los límites de la discriminación positiva?

Las cuotas y las reservas son dos mecanismos constitucionales comunes de discriminación positiva. Ambos avalan la existencia de puestos especiales para grupos específicos, pero cumplen funciones distintas. Las cuotas pueden ser necesarias para dar efecto al principio de igualdad de oportunidades, de forma que los individuos de un grupo minoritario específico tengan la posibilidad de “ponerse al mismo nivel”. Las cuotas mitigan los temores de represión continua y

***La acción afirmativa puede tomar varias formas. El Estado puede beneficiar a un grupo sin perjudicar a otro —por ejemplo, impartiendo educación pública en el idioma local—, o emplear la discriminación positiva, que distribuye recursos escasos hacia un grupo favorecido, perjudicando así a otros grupos.***



promueven la integración porque incorporan a los grupos de víctimas en la arquitectura del poder. Los asientos reservados, por su parte, proporcionan un espacio para estos grupos en los que el poder no se ve afectado, ya que crean zonas separadas donde los grupos minoritarios son los únicos participantes.

Las constituciones distinguen entre conseguir la igualdad en términos de oportunidades y en términos de resultados. En la práctica, los responsables de la elaboración constitucional orientan la mayoría de los programas de discriminación positiva a la igualdad procesal, o igualdad de oportunidades, más que a resultados sustantivos.

### *Implicaciones de la discriminación positiva*

Estas medidas siguen siendo fuertemente disputadas. De hecho, muchas políticas de discriminación positiva generan nuevas controversias a lo largo del tiempo. En cierto sentido, contradicen el propósito constitucional de hacer avanzar a la sociedad más allá de las precarias clasificaciones de identidad. Algunos estudios también demuestran resultados mixtos en relación con el propósito particular de elevar a grupos específicos. Independientemente de que la implementación se haga por medios jurídicos o programas políticos, en la práctica puede verse que surgen más conflictos legales.

La segunda implicación parece ser que, una vez que se sanciona constitucionalmente, la discriminación positiva adquiere su propio ímpetu político. Más adelante, puede ser difícil abandonarla, incluso cuando puede ya no ser tan necesaria. Una vez que ha sido implementada —como en Malasia, donde la intención original de los responsables de la elaboración constitucional era que la discriminación positiva se mantuviera por un plazo de 30 años—, la presión popular puede impedir que la discriminación positiva cese: el programa malayo ha sobrevivido 40 años y aún sigue en vigencia.

Una tercera implicación tiene que ver con una ley general de consecuencias imprevistas. En vez de contribuir a la reconciliación, las políticas pueden abrir brechas entre grupos según cambie la relación entre ganadores y perdedores en casos concretos. La disminución de los estándares para la participación de algunos grupos, por ejemplo para el empleo en el servicio público, puede reducir la calidad de los servicios y aumentar las protestas colectivas. A pesar de que existan programas de discriminación positiva, la desigualdad

puede persistir y alimentar el resentimiento de los grupos afectados debido a la percepción de que la implementación constitucional está tardando demasiado en remediar su situación, lo que redundaría en la deslegitimación de la constitución. Los responsables de la elaboración constitucional pueden tener que diseñar sistemas para la constante revisión de los programas de discriminación positiva, sean estos reconocidos constitucionalmente o no, para garantizar que sigan siendo un motor de crecimiento para grupos con desventajas históricas.

***Las medidas de discriminación positiva siguen siendo fuertemente cuestionadas. Muchas generan nuevas controversias a lo largo del tiempo. Algunos estudios también demuestran resultados mixtos. Una vez que reciben sanción constitucional, adquieren ímpetu político propio y pueden abrir brechas entre grupos según cambien las relaciones entre los perdedores y los ganadores.***

Finalmente, en algunos países —como Bolivia, Malasia y Sudáfrica— el grupo que ha sido históricamente discriminado y privado de oportunidades económicas constituye la mayoría numérica. La discriminación positiva aplicada a las mayorías en vez de a las minorías tiene un impacto muy distinto en la sociedad.

## 8.2. Derechos de las mujeres

La exigencia de garantías constitucionales para los derechos de las mujeres tampoco está exenta de tensión y, de hecho, dicha tensión no se limita a la elaboración constitucional en sociedades posconflicto o afectadas por conflictos. Muchos de estos derechos se interpretan en el marco del derecho internacional de los derechos humanos individuales, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que entró en vigor el 3 de septiembre de 1981 (véase el recuadro 3.3).

Las áreas que producen más tensión se distinguen por el número y la naturaleza de las reservas de los Estados parte de la CEDAW; la mayor proporción de reservas sustantivas se refieren a *la igualdad en la vida política y pública, la igualdad en el empleo, la igualdad ante la ley, y la igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares*.

### Recuadro 3.3. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

La CEDAW prevé:

- la consagración del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las constituciones nacionales y en otras leyes (incluida su materialización práctica);
- la modificación de los patrones culturales con vistas a la eliminación de los prejuicios en contra de la mujer y de los estereotipos sobre su inferioridad;
- la supresión de todas las formas de tráfico de mujeres y de la explotación o prostitución de mujeres;
- la participación igualitaria en la vida pública y política;
- la igualdad de derechos para adquirir, mantener o cambiar la nacionalidad (incluida la igualdad de derechos para transferir la nacionalidad a los hijos);
- la igualdad de derechos en la educación;
- la eliminación de la discriminación en el lugar de trabajo;
- la no discriminación sobre la base del matrimonio o la maternidad;
- igual acceso a los servicios de salud (incluida la planificación familiar);
- el derecho a la igualdad ante la ley, y
- la igualdad en el ámbito del matrimonio y las relaciones de familia.

### 8.2.1. Igualdad en la vida política

La igualdad entre hombres y mujeres goza nominalmente de aceptación generalizada. Las disposiciones sobre igualdad aparecen comúnmente en sistemas constitucionales muy distintos. La Constitución de Egipto (1971) reconocía la igualdad de hombres y mujeres, e incluso la garantizaba específicamente en los ámbitos políticos, económicos y sociales, al tiempo que se sujetaba a la jurisprudencia islámica. La Constitución de Grecia (1975), que reconoce como religión dominante a la Iglesia Ortodoxa Oriental de Cristo, también decreta que los hombres y las mujeres tienen igualdad de derechos y obligaciones. En la relativamente nueva Constitución de Suazilandia (2005), que estableció una monarquía hereditaria, las mujeres también tienen derecho al trato igualitario, un derecho que implica la igualdad de oportunidades en los servicios políticos, económicos y sociales. Además, la constitución establece que nadie puede obligar a una mujer a seguir o defender una costumbre que se oponga a su conciencia. La Constitución de Timor Oriental (2002), diseñada para un país donde algunas mujeres fueron incluso combatientes armadas en la lucha por la liberación, establece que las mujeres y los hombres tendrán los mismos derechos y deberes en todas las áreas de la vida familiar y en los ámbitos políticos, económicos, sociales y culturales. En la práctica, la aplicación de estas disposiciones varía, lo que se explica por las dinámicas de poder y el alcance de las constituciones sobre la vida social, cultural y económica.

Existe una tendencia a fomentar el uso de un lenguaje de género neutro en las constituciones. Es común que las constituciones mencionen el término “género”, por ejemplo, para prohibir la discriminación, pero sin definirlo explícitamente. Sin embargo, los profesionales en este campo pueden ir más allá. Las propuestas presentadas ante la Asamblea Constituyente

en Nepal, de ser aprobadas, trascenderán las opciones binarias de género masculino y femenino, e incluirán las categorías de “tercer género” y “transgénero”. En cualquier caso, la redacción de género neutro no es necesariamente suficiente para establecer cuáles serán los derechos que efectivamente gozarán las mujeres.

***Una verdadera barrera práctica y un desafío para la participación igualitaria de las mujeres en política en muchos países, más que la religión o la cultura social, es el comportamiento de los partidos políticos.***

Una verdadera barrera práctica y un desafío para la participación igualitaria de las mujeres en política, más que la religión o la cultura social, es el comportamiento de los partidos políticos. Anteriormente, las constituciones no regulaban a los partidos políticos. De manera progresiva, algunas están empezando a hacerlo, por ejemplo las de Brasil y Rwanda (que hasta el momento tienen una alta proporción de representación

femenina en el poder legislativo). Los responsables de la elaboración constitucional quizás deban considerar las opciones que influirán en la selección de candidatos de los partidos políticos y en el avance de las mujeres como actores en política, con verdaderas penalizaciones para los partidos

***Las cuotas de representación para las mujeres, si bien no son una panacea, han permitido la presencia de mujeres en la política a nivel nacional en muchos países.***

que no cumplan con las reglas. Además, si bien las cuotas para la representación política de las mujeres no son la panacea, sí han servido para aumentar su presencia a nivel nacional en la toma de decisiones sobre importantes temas políticos y legales, incluso sin el apoyo de las bases, lo que es un logro evidente.

### 8.2.2. Igualdad en el matrimonio y las relaciones de familia

La tensión principal en este aspecto se da entre el compromiso con la igualdad entre hombres y mujeres en la vida familiar, por un lado, y el compromiso con el reconocimiento formal de otras normas en competencia que pueden generar desigualdad entre hombres y mujeres en la vida familiar, por otro. Como se mencionó, los responsables de la elaboración constitucional deben procurar que las constituciones encarnen los compromisos internacionales, por ejemplo, aquellos de la CEDAW. Al mismo tiempo, la resolución de conflictos —especialmente cuando se requiere reconocer formalmente naciones étnicas o grupos religiosos para ganar el apoyo de actores clave en la sociedad— puede derivar en constituciones que contienen contradicciones internas.

Los responsables de la elaboración constitucional pueden recurrir al principio de supremacía de la constitución para que este instrumento prevalezca sobre las normas legales contradictorias. Tal recurso puede encontrar su justificación en la resolución de conflictos, ya que sirve como incentivo para armonizar la forma en que se trata a los distintos grupos del Estado. Un punto de partida al respecto puede ser enumerar las normas jurídicas aplicables bajo la estipulación expresa de que aquellas que contradigan la constitución son inválidas. Dado que estamos hablando del ámbito jurídico, una garantía institucional puede empoderar a los tribunales para invalidar otras normas sobre la base de una determinación judicial de inconsistencia. Los responsables de la elaboración constitucional han desarrollado métodos para garantizar que las acciones de los tribunales sean consideradas legítimas por aquellos grupos preocupados por la existencia continuada y el respeto de las normas jurídicas alternativas. Un método incorporado a la Constitución de Sudáfrica, que fue tomado de la práctica constitucional latinoamericana relativa al tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas, es convertir los temas controvertidos en un problema jurídico asignado al sistema judicial formal y a sus estructuras de apelación. Esto significa que se garantiza la consistencia en la interpretación legal y que todas las normas jurídicas son tratadas de manera seria. En el ejemplo de América Latina, el conocimiento de causas relativas a la aplicación de las leyes indígenas es parte de la tarea del poder judicial formal. En el ejemplo sudafricano, la Corte Constitucional tiene el poder de “desarrollar” la ley consuetudinaria, la cual suele estar basada en el patriarcado. En un caso famoso, la Corte usó este poder para invalidar la práctica de la primogenitura, es decir, la sucesión a la propiedad por línea masculina, y ordenó a los grupos involucrados modificar la práctica de la sucesión de manera que

*Puede haber tensión entre, por un lado, el compromiso asumido en los instrumentos internacionales con la igualdad entre hombres y mujeres en la vida familiar y, por otro, el compromiso de dar reconocimiento formal a normas en competencia que, en la práctica, pueden acarrear la desigualdad entre hombres y mujeres en la vida familiar.*

permitiese la sucesión femenina. Para que los tribunales gocen de legitimidad para hacer este trabajo, los responsables de la elaboración constitucional deben abordar el tema de su composición. La falta de pluralismo en la magistratura podría utilizarse como fundamento para rechazar las decisiones tomadas por jueces que no han sido instruidos o no aprecian las normas jurídicas pertinentes o los intereses de los grupos que abogan por ellas.

### *Implicaciones*

¿A qué deben aspirar las protecciones constitucionales de los derechos de las mujeres? Para empezar, la participación misma de las mujeres en la elaboración constitucional es fundamental: si se movilizan para decidir cuestiones constitucionales, las mujeres tenderán a asegurarse de que la constitución aborde aquellas cuestiones que son pertinentes al estatus legal y social de la mujer. Estos grupos suelen crear espacios en la agenda constitucional para los temas relacionados con la mujer, incluso en el transcurso de complejas negociaciones posconflicto.

***Es probable que los derechos de las mujeres mejoren si el gobierno nacional está comprometido con este objetivo y si subordina las leyes de género consuetudinarias y locales a pesar de la resistencia de los líderes tradicionales. Si una sociedad está fracturada en razón de una pluralidad de naciones o tribus, los políticos nacionales tendrán menos voluntad o compromiso para elevar jurídicamente un tipo de vida cultural o social al nivel nacional.***

Es probable que los derechos de las mujeres aumenten si el gobierno nacional está comprometido con este objetivo y si subordina las leyes de género consuetudinarias y locales a pesar de la resistencia de los líderes tradicionales. Si una sociedad está fracturada en función de una pluralidad de naciones o tribus, los políticos nacionales tendrán menos voluntad o compromiso para elevar jurídicamente un tipo de vida cultural o social al nivel nacional.

Si los canales políticos están cerrados para las mujeres, los responsables de la elaboración constitucional pueden optar por permitirles recurrir a medidas legales que hagan posibles

las reivindicaciones de derechos. En algunos casos, una decisión jurídica puede surtir efecto en la política, permitiendo a los políticos cumplir con un fallo en instancias en que una decisión similar, pero tomada por un órgano político, causaría una reacción adversa. Los responsables de la elaboración constitucional deberán entonces tomar en consideración la existencia y el ámbito de posibles excepciones a las cláusulas de igualdad en la constitución.

Si el sistema constitucional está contemplado para multiplicar el número de centros de poder, las implicaciones para los derechos de las mujeres serán diversas. Las mujeres pueden verse en la necesidad de negociar derechos en espacios locales y nacionales. Particularmente, este será el caso si los gobiernos locales son relativamente independientes o capaces de resistir la reafirmación de la autoridad nacional. Los derechos de las mujeres pueden depender de las costumbres locales y de la opinión política regional. La protección real de sus derechos va a variar de una región a otra. En algunos casos, la presencia de principios constitucionales generales relativos a los derechos de las

mujeres podría proporcionar una base para presionar a los gobiernos locales a fin de que obedezcan. Aumentar la participación local de las mujeres en la toma de decisiones políticas reforzaría la posición de las mujeres. El resultado puede ser una “carrera hacia la cima”, en la medida en que las regiones consideren como “mejores prácticas” aquellas políticas de discriminación positiva que operan en otras regiones. Las movilizaciones por los derechos de las mujeres pueden seguir el modelo “de abajo hacia arriba”, como sucedió en Bolivia. Ante la ausencia de un consenso nacional sobre los derechos de las mujeres, los expertos en cada entorno tendrán que sopesar si deben abordarse las prácticas discriminatorias locales en la constitución.

*Los derechos de las mujeres pueden depender de las costumbres locales y de la opinión política regional. La protección de sus derechos va a variar de una región a otra. El aumento de la participación de las mujeres en la toma de decisiones de política local y su movilización desde abajo hacia arriba fortalecería su posición.*

Por último, los responsables de la elaboración constitucional han establecido recientemente órganos constitucionales especiales dedicados al avance o la protección de los derechos de las mujeres. El abanico de sus posibles funciones varía según el contexto, desde órganos con la facultad de proporcionar un remedio para casos individuales hasta aquellos cuya competencia está limitada a asesorar a quienes crean las políticas y a los legisladores. La creación de defensorías de los derechos de género y de comisiones para la defensa de los derechos humanos de las mujeres presupone una habilidad para monitorear a los cargos públicos de manera independiente. Se sigue debatiendo si los derechos de las mujeres están mejor protegidos por instituciones preocupadas exclusivamente por los asuntos de interés para las mujeres (en la medida en que estos se puedan reconocer como tales), o si quedan mejor resguardados si se exige a todas las instituciones políticas fomentar una cultura de los derechos humanos que respete la igualdad entre hombres y mujeres. Esta última opción es la que recoge la nueva Constitución de Kenia, que exige que la composición de todos los órganos públicos incluya un tercio de integrantes de cada género. Además, se anima a los cargos públicos a que los jefes y subdirectores representen a ambos géneros.

### **8.3. Derechos económicos, sociales y culturales**

En la elaboración constitucional que se lleva a cabo en sociedades afectadas por conflictos la negociación sobre el papel, el estatus y la aplicación de los derechos económicos y sociales también está plagada de tensiones. Estos derechos pueden generar animosidad, precisamente porque tratan sobre quién recibe qué parte de recursos limitados, si bien la existencia de recursos adecuados puede reducir dicha animosidad. La Constitución de Irak garantiza los derechos económicos y sociales con carácter exigible —incluyendo el derecho a la educación gratuita, a servicios de salud para niños y adultos, a un ambiente seguro (aunque este concepto no está definido), a la seguridad social, a percibir ingresos adecuados, a una vivienda digna y a un estándar de vida decente para todos los iraquíes— sin importar la cantidad de recursos disponibles, en parte porque el país tiene ingresos petroleros. Además, la constitución ordena la erradicación total del analfabetismo, sin excepción. En contraste, la mayoría de los países que operan con recursos limitados

*Los derechos económicos y sociales dan pie a la animosidad, precisamente, porque se refieren a quién recibe una parte de los limitados recursos disponibles. La mayoría de los países que operan con recursos limitados garantizan a sus ciudadanos solamente sus necesidades inmediatas, como el acceso a educación, salud y vivienda.*

garantizan a sus ciudadanos solamente sus necesidades inmediatas, como el acceso a la educación, salud y vivienda.

Las tensiones prácticas más importantes involucran dos temas: primero, qué incluir u omitir en la constitución respecto de estos derechos, y, segundo, qué implicaciones tendrá su inclusión en la constitución y cómo corregir aquellas que causen nuevos conflictos.

### 8.3.1. ¿Qué incluir?

Los conflictos prolongados y aún no solucionados pueden generar apoyo en favor de la inclusión expansiva de los derechos económicos, sociales y culturales en la constitución con miras a:

- proporcionar un marco para evaluar las decisiones que afectan el desarrollo, el uso y la asignación de recursos, particularmente cuando una causa de conflicto es la cuestión de quién tiene acceso a, y se beneficia de, los recursos del Estado;
- vincular a las autoridades legislativas y políticas y al proceso de toma de decisiones al nuevo estándar constitucional sobre el uso de los recursos;
- simbolizar que la agencia económica, social y cultural de los individuos es un atributo importante de la ciudadanía en el Estado, y que estos derechos significan que los ciudadanos no deben considerarse dependientes del patrocinio de asociaciones étnicas, religiosas, de clan, partidos políticos, u otras;
- avanzar en la reconciliación mediante el reconocimiento de los derechos económicos y sociales de grupos específicos que han sido presionados para iniciar un conflicto con el Estado, dado que se les ha desplazado injustamente y por largo tiempo a la periferia económica, social o cultural, y
- como con todos los derechos humanos, y siguiendo el concepto de indivisibilidad, ganar legitimidad para una constitución que estipule los derechos económicos y sociales y, por lo tanto, su respeto por el nuevo “contrato social”.

El núcleo de los derechos económicos y sociales está formulado en un tratado internacional de las Naciones Unidas, el ICESCR, que entró en vigor el 3 de enero de 1976 (véase el recuadro 3.4).

### Recuadro 3.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR)

El ICESCR provee, *inter alia*:

- el derecho de los pueblos a la autodeterminación (lo que incluye la propiedad y el control de sus propios recursos naturales y medios de subsistencia);
- el derecho al trabajo (que incluye el derecho a elegir libremente la forma de ganarse la vida);
- el derecho a condiciones de trabajo justas y favorables (que incluye el salario justo, la igualdad de remuneración por trabajo equivalente, la seguridad en el trabajo, los estándares de vida decentes, el ascenso basado en el mérito y períodos razonables de descanso/vacaciones);
- el derecho a formar y unirse a sindicatos y asociaciones (incluye el derecho a huelga sujeto a la ley correspondiente);
- el derecho a la seguridad social (pensión, seguro social);
- la protección de la familia (baja por maternidad remunerada y razonable, castigo en caso de explotación social y económica de niños y personas jóvenes);
- el derecho a un estándar de vida adecuado (libre de hambre, con comida adecuada, ropa y vivienda);
- el goce de los más altos estándares de salud física y mental posibles (lo que incluye tratamientos y servicios médicos para todos en caso de enfermedad);
- el derecho a la educación (que incluye la educación primaria obligatoria y gratuita para todos), y
- la participación en la vida cultural y la oportunidad de beneficiarse del progreso científico (lo que incluye la protección de los derechos de autor científicos, literarios y artísticos).

Dado que la mayoría de los Estados han ratificado este instrumento, la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales en las constituciones en los recientes procesos de elaboración constitucional es la regla general más que la excepción. Muchas disposiciones constitucionales adoptan el lenguaje de los derechos humanos del ICESCR. Aun en países como India, cuya Constitución de 1949 es previa al ICESCR, se han encontrado formas de “constitucionalizarlos” a través de una decisión de la Corte Suprema, que determinó que estos derechos son necesidades básicas integrantes del derecho a la vida, el cual está protegido en la Constitución. El ICESCR requiere a los Estados remover rápidamente los obstáculos que impiden el ejercicio inmediato de un derecho. Aunque es permisible hacer realidad los derechos de manera progresiva, los obstáculos y elementos de discriminación se deben remover de inmediato. Así, las autoridades violan el Pacto



***La inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales en las constituciones en los recientes procesos de elaboración constitucional es la regla general más que la excepción.***

constante mejoría de la situación y a reanudar su implementación progresiva en cuanto los recursos lo permitan.

Más que ser un prototipo, el ICESCR deja que los actores nacionales determinen el grado de variación requerido por sus circunstancias, su sistema jurídico y los medios disponibles. Los responsables de la elaboración constitucional pueden ampliar su alcance para proveer derechos adicionales que no están incluidos en este instrumento, como por ejemplo el derecho al agua potable limpia en la Constitución Interina de Nepal.

***Los derechos económicos, sociales y culturales requieren de una acción gubernamental sistemática y su cumplimiento depende de la disponibilidad de recursos. El ICESCR requiere a los Estados remover rápidamente los obstáculos que impiden el ejercicio de un derecho. Aun cuando los derechos se pueden llevar a cabo progresivamente, los obstáculos y elementos de discriminación se deben remover de inmediato.***

si no cumplen con aquellos estándares de derechos humanos que ya están a su alcance en términos de recursos y capacidad. Durante el curso de la implementación progresiva de los derechos se deben evitar las limitaciones —salvo cuando los recursos son limitados—, de modo que dichos derechos llaman a una

La adopción de los derechos económicos y sociales en la constitución no implica necesariamente la adopción de un sistema económico específico (una economía liberal o de planificación centralizada), pero este sistema sí puede derivarse, explícita o implícitamente, de la manera como se introducen las disposiciones constitucionales correspondientes. La pregunta subyacente para cualquiera que esté redactando un texto constitucional es si es admisible utilizar a las personas como medio para lograr objetivos

económicos a medio o largo plazo. Muchos responsables de la elaboración constitucional no apoyan esta postura e insisten en que se deben sacrificar los objetivos económicos cuando los derechos y el bienestar de las personas se ven afectados de manera negativa.

De la misma manera, la adopción de un sistema o modelo económico puede ampliar aún más los temas en discusión, pero esto es casi inevitable cuando la constitución se identifica como un instrumento para establecer un programa de gobierno específico.

### **8.3.2. ¿Cuáles son las implicaciones?**

Las exigencias relativas a la protección constitucional de estos derechos son muy disputadas, particularmente respecto de cómo se van a ejecutar e implementar.

*¿Quiénes serán los “verdaderos” titulares de estos derechos?*

Un punto de partida es considerar a nombre de quién se implementan estos derechos. ¿Hay grupos que los responsables de la elaboración constitucional buscan beneficiar en virtud de ciertas circunstancias específicas, como por ejemplo aquellas personas

o grupos que viven en situación de pobreza extrema? Por ejemplo, como reacción al problema de la malnutrición crónica en las montañas de Bolivia, el derecho a la alimentación fue incluido en la nueva Constitución con la intención de facilitar la redistribución de un impuesto sobre los hidrocarburos para alimentar a la población. ¿O pueden los derechos sociales estar orientados a reforzar la reivindicación de redes de protección social que reduzcan desigualdades sociales o de género? Suele suceder que los grupos que demandan la inclusión de estos derechos en la constitución los consideran un medio para lograr un fin. Los responsables de la elaboración constitucional pueden optar por incluir disposiciones en la constitución que solo estipulen estos derechos como un punto de partida, el cual necesita ser desarrollado a través de directrices que sirvan de guía. Por ejemplo, la garantía del derecho a la educación se puede reforzar adquiriendo el compromiso de lograr la educación primaria universal. Ello puede llevar a un diseño que integre los derechos garantizados en la constitución y los objetivos de desarrollo del Estado, y otros objetivos y prioridades fundamentales del Estado, que son atendidas en la constitución.

No es fácil responder a la pregunta sobre si estos derechos deben estar vinculados a la ciudadanía. Los derechos estipulados en las constituciones deben tener una aplicación general para todos y las constituciones deben evitar la discriminación arbitraria entre individuos y grupos. Al mismo tiempo, se debate intensamente el tema de quién es sujeto de los derechos económicos y sociales. Por ejemplo, ¿tendrán también los no ciudadanos derecho a trabajar o a acceder a una vivienda digna? Considerando la naturaleza de las obligaciones contraídas, cuyo cumplimiento requerirá la asignación deliberada de los bienes y recursos del Estado, los cargos públicos pueden preferir que tales derechos estén restringidos a la ciudadanía. Esta opción la apoyan con fuerza los nacionalistas y grupos relacionados, y frecuentemente es un factor importante en el sentimiento xenofóbico y antimigratorio. La inclusión de estos derechos suele presentarse además como un contrato social entre la ciudadanía, que aporta los impuestos, y los cargos públicos, que garantizan que los servicios públicos beneficien a los contribuyentes. Políticamente, el acuerdo ayuda a asegurar el apoyo y la lealtad de aquellos que contribuyen al gobierno, que provee servicios por medio de sus impuestos. Pero esta ecuación excluye a aquellos que no pueden probar su ciudadanía o directamente no son ciudadanos, como los refugiados y otros extranjeros.

Además, aunque estos derechos sean considerados un atributo importante de la ciudadanía, eso no resuelve la disputa entre los distintos grupos dentro del Estado. Los cargos públicos naturalmente se oponen a la idea de que los miembros de las fuerzas armadas o del servicio público tengan derecho a huelga. En algunos países, los responsables de la elaboración constitucional han usado el ICESCR para limitar quién puede gozar de este tipo de derechos. Hay varias opciones. En Sudáfrica el poder judicial ha determinado que los miembros de las fuerzas armadas tienen derecho a huelga, mientras que en otros países esta posibilidad está expresamente descartada. En contextos afectados por conflictos, la idea de que los miembros de las fuerzas armadas tengan derecho a huelga puede parecer sorprendente, sobre todo cuando los responsables de la elaboración constitucional contemplan la posibilidad de que el servicio militar sea una obligación ciudadana.

### *¿Cómo se implementarán los derechos?*

Los responsables de la elaboración constitucional han considerado diversas opciones para implementar y ejecutar estos derechos, ya sea por medio de medidas (a) jurídicas o (b) políticas.

A continuación se resumen las críticas más comunes a la constitucionalización de los derechos económicos y sociales. Primero, dado que estos derechos requieren de una acción gubernamental sistemática, está claro que dependen de la disponibilidad de recursos para su ejecución. Pero estos recursos pueden ser escasos. Dada la estimación del Banco Mundial de que los conflictos retrasan el desarrollo entre 10 y 15 años, se puede asumir que la elaboración constitucional en países afectados por conflictos se enfrenta a recursos todavía más escasos de lo habitual a causa del conflicto. Segundo, determinar el uso y la asignación de recursos escasos es un proceso político sujeto a ideas que compiten electoralmente entre sí sobre lo que significa una buena vida. Desde esta perspectiva, el intento de calcular un “contenido básico mínimo” de lo que al fin y al cabo es un derecho a reclamar recursos escasos es demasiado contencioso para articularlo como un derecho constitucional. Tercero, aunque se acepte que los bienes y recursos del Estado deben utilizarse de acuerdo con un enfoque basado en los derechos, en este caso las reivindicaciones basadas en los derechos compiten entre los diferentes grupos y la constitución no debería elevar

***¿Cómo se implementarán los derechos económicos, sociales y culturales? Incluirlos en la constitución misma no pone fin a la competencia entre las distintas reivindicaciones en conflicto.***

ninguna reivindicación particular por encima de las demás. Cuarto, no puede formar parte del mandato de jueces no electos decidir las variadas contiendas que surjan. Además, ellos carecen de información relevante en términos de políticas públicas, como datos estadísticos, para tomar una decisión informada.

A pesar de estas críticas, muchas personas y grupos vulnerables —cuya falta de acceso y participación en los procesos políticos limita su habilidad de asegurar una acción política en su favor— han optado por aprovechar la elaboración constitucional para exigir la aplicación jurídica de estos derechos. En oposición, otros grupos prefieren, por varias razones, que sean las instituciones elegidas democráticamente las que decidan sobre la disputa. Los responsables de la elaboración constitucional deben ser conscientes de que la constitucionalización en sí misma no pone fin a estas disputas. No obstante, en general algunos derechos se han hecho legalmente aplicables, quizás en reconocimiento del impacto del derecho internacional bajo el ICESCR. Las relaciones laborales y sus derechos relacionados (a huelga, a formar sindicatos y asociaciones, a no ser sometido a trabajo forzoso, a la protección frente al daño relacionado con el trabajo, etc.) son generalmente exigibles.

### Aplicación jurídica

La consecuencia directa de permitir la aplicación legal es que los jueces pueden verse obligados a lidiar con la implementación de los derechos económicos y sociales cuando surjan disputas al respecto entre las partes litigantes. Para facilitar esta labor, los responsables de la elaboración constitucional han tendido a recurrir a:

- enumerar claramente los derechos económicos y sociales en el catálogo de derechos, sin distinciones y con la menor cantidad de limitaciones que resulte aceptable políticamente;
- reconocer la competencia de un órgano judicial, como una corte constitucional, para determinar disputas que involucren cualquier disposición de la constitución;
- disponer que las personas no sufran discriminación en el goce de los derechos económicos y sociales; el goce no discriminatorio de los derechos económicos y sociales es realizable de manera inmediata según los términos del ICESCR;
- autorizar y ordenar directamente al poder legislativo la elaboración de leyes para dar aplicabilidad a las disposiciones relacionadas a los derechos económicos y sociales; en unos pocos casos se han establecido plazos para la creación de dichas leyes;
- articular principios y criterios para guiar la legislación relativa a los derechos económicos y sociales, de modo que se facilite el escrutinio judicial de la misma;
- reforzar expresamente a los grupos cívicos para que tengan la capacidad procesal de iniciar y litigar causas ante los tribunales, y
- expresar la conexión con el derecho internacional para expandir el derecho nacional.

### *Implicaciones de la juridificación*

Según el derecho internacional, la obligación jurídica de implementar los derechos económicos, sociales y culturales está ligada a los estándares mínimos de “contenido básico”. Un objetivo clave es lograr la estandarización global de las formas en que distintos Estados con distintos sistemas jurídicos abordan estos derechos. El contenido básico es el punto de partida para el futuro cumplimiento progresivo de los derechos. Aunque el ICESCR permite el “cumplimiento progresivo” de los derechos contenidos en la Convención, hay dos obligaciones que se aplican de manera completa e inmediata a todos los derechos económicos, sociales y culturales, independientemente de la disponibilidad de recursos: la obligación de garantizar la no discriminación y la obligación de “adoptar medidas” para lograr el pleno cumplimiento de estos derechos.

Para la aplicación también puede ser necesario crear nuevas leyes. Los profesionales pueden abstenerse de usar en la constitución un lenguaje que permita retrasos indefinidos en la promulgación de la legislación pertinente. Se puede violar el ICESCR aunque se dé progresivamente efectividad a los derechos si un Estado no adopta las medidas que están dentro de sus posibilidades actuales. Se ha apuntado a aumentar la estandarización a nivel global aclarando la naturaleza de los deberes del Estado bajo el ICESCR. Los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas y proveer los medios que faciliten el cumplimiento de estos derechos, por ejemplo estableciendo la legislación necesaria, en lo que se denomina *obligación de conducta*. Además, el cumplimiento de estos derechos se concreta en los resultados particulares en casos específicos, incluyendo aquellos que el Comité del ICESCR pueda exigir a los Estados a la hora de hacer seguimiento de sus

informes, en lo que representa una *obligación de resultado*. Cuando se incluye el ICESCR en la constitución, los responsables de la elaboración constitucional pueden considerar útil evaluar la naturaleza de las obligaciones que este va a imponer.

Juridificar la implementación en las constituciones nacionales le permite al poder judicial alinearse con el derecho internacional en desarrollo, o generar sus propias líneas de implementación en aras de dar legitimidad nacional a sus acciones. Esto significa que puede haber más variaciones en la aplicación legal, dado que está sujeta al sistema jurídico vigente y a la tradición de cada Estado.

Sudáfrica ilustra el efecto de la opción de juridificar. La Constitución de 1996 no solo reconoce los derechos económicos, sociales y culturales, sino que además los incluye en un Catálogo de Derechos legalmente exigible, y establece una Corte Constitucional como defensora del Catálogo de Derechos. Desde 1996 la Corte ha emitido órdenes que tratan sobre la implementación de estos derechos en relación con el acceso a la vivienda digna, el acceso a medicación para el VIH y el derecho al agua potable, en un caso en que incluso calibró el alcance del derecho individual en términos de litros por día. En una de sus decisiones tempranas, la Corte se apartó formalmente de la regla del “contenido básico mínimo” y adoptó un nuevo estándar judicial de “razonabilidad”. Esto significa que cuando se decida sobre la conducta del gobierno en relación con alguno de estos derechos, la Corte considerará si dicha conducta es razonable a la luz de las circunstancias que rodean el caso. La razonabilidad es un enfoque judicial común en los países de tradición jurídica anglosajona (*common law*), que también defienden la postura de que los derechos no tienen un “contenido mínimo” como tales. La Constitución de Sudáfrica fue certificada por la misma Corte Constitucional como parte del proceso de negociación, antes de su promulgación. En ese momento, la Corte tuvo una buena oportunidad para opinar sobre la aplicabilidad de los derechos económicos y sociales, lo cual explica en parte su aplicabilidad legal en ese contexto. Desde su perspectiva, expresada durante el proceso de certificación, los derechos solamente se expanden cuando la ciudadanía los reclama y su contenido evoluciona por medio de la interpretación legal. La Corte mencionó el derecho a la libertad de expresión como un ejemplo de un derecho que ha crecido por medio de la interpretación judicial. También mencionó que, al menos en Sudáfrica, los juzgados que tratan temas de derechos siguen la regla cardinal de no decidir más que lo absolutamente necesario en un caso particular en el que las partes están en disputa. Así, la clave de lo que podrán hacer los jueces por medio de la aplicación legal puede entenderse a la luz de la necesidad de dar legitimidad nacional a sus roles como tales, en vez de basarse en un régimen internacional que indica cómo se deben implementar legalmente los derechos.

En India, la juridificación de la cultura de los derechos humanos, impulsada por el rol específico de los litigios de interés público, también ha permitido que la Corte Suprema desarrolle un enfoque indio para la aplicación. La Constitución de India de 1949, que es previa al ICESCR, no incluyó los derechos económicos, sociales y culturales. En vez de eso, la Asamblea Constituyente abrió la puerta para influir en los decisores políticos mediante directrices políticas de tipo normativo estipuladas para facilitar una transformación socialista de la nueva nación. Sin embargo, la Corte Suprema decidió que estos derechos

representan las necesidades básicas de cualquier persona y como tales deben constituir parte integral del derecho a la vida, que es legalmente aplicable. La asunción de semejante papel por parte de la Corte Suprema no ha estado libre de controversia; de hecho, no son nuevos los conflictos institucionales entre la Corte Suprema y el poder legislativo en India respecto de la implementación de los derechos humanos. Un conflicto que surgió entre la Corte Suprema y el poder legislativo ocurrió después de que la Corte adoptara un enfoque legalista para invalidar una ley de propiedad redistributiva. Luego de un prolongado debate, la Asamblea Constituyente de India había reconocido los derechos de propiedad en secciones que trataban sobre “principios rectores”, en vez de hacerlo como parte de un catálogo de derechos exigible. El poder legislativo se opuso de manera tajante al fallo de la corte en el caso *Sankari Prasad Singh vs. Unión de la India*, declarando que la Constitución de India no protege la propiedad privada como tal, sino que promueve medidas que permiten que la mayoría de los indios carentes de capital tengan acceso igualitario a la propiedad. Para proteger la reforma agraria de la acción de la Corte, el poder legislativo aprobó la Enmienda al Anexo Noveno (*Ninth Schedule Amendment*) (1951), que limitó la jurisdicción de los tribunales en esta y otras áreas.

***Los tribunales no siempre están en posición de tratar todos los temas que surjan de la ejecución de los derechos económicos, sociales y culturales. Los responsables de la elaboración constitucional también pueden depender de los actores políticos para abordar estos derechos, pero de igual manera necesitarán de procedimientos para implementarlos.***

Junto con la juridificación, los responsables de la elaboración constitucional deben considerar el efecto de las limitaciones constitucionales permisibles en relación con estos derechos. Las limitaciones de los derechos constitucionales pueden estar justificadas. Así, es común que las constituciones incluyan una cláusula que establezca qué estándares deben aplicarse a la hora de determinar el alcance de dichas limitaciones. Algunos de estos estándares se enfocan en derechos específicos o en el propósito de la limitación.

Una preocupación es que la juridificación de los derechos económicos, sociales y culturales acabe sobrecargando al poder judicial a través de la proliferación de litigios. En Sudáfrica, donde los derechos tienen aplicabilidad legal, la carga de trabajo de los tribunales —contando las decisiones de la Corte Constitucional de 1996— revela que una mayor proporción de casos aún se refiere a los derechos civiles y políticos, particularmente a los derechos relacionados con el proceso penal. Sin embargo, los responsables de la elaboración constitucional deben saber que la juridificación no siempre implica que los tribunales estarán en posición de lidiar con los asuntos que surjan. Por lo tanto, es posible que deban también depender de los actores políticos para abordar los derechos económicos y sociales.

### *Opciones políticas*

Muchas de las cuestiones que emergen a partir de la lucha por los derechos económicos, sociales y culturales se extienden más allá del marco constitucional. En particular, no se puede ignorar el papel y el impacto del desarrollo económico y la globalización desde

1990. Por un lado, algunos de los recursos internacionales con que podían contar los Estados afectados por conflictos para reforzar los derechos económicos y sociales han disminuido significativamente. Por otro, el contexto ideológico dominante está empujando a los Estados a adoptar opciones de libre mercado en que el sector privado, y no el Estado, asume la responsabilidad principal en cuanto a la prestación de muchos de los servicios previstos por estos derechos. Si la realidad es que existe una desregulación estatal de la industria, se han privatizado los recursos del Estado, se dan incentivos tributarios a los inversores, los presupuestos de gasto son conservadores y el mercado de trabajo es flexible, entonces ¿qué alcance darán los responsables de la elaboración constitucional a los derechos económicos y sociales? ¿Cuánto espacio público habrá para apoyar la plena participación de todos los segmentos de la sociedad en la vida económica del Estado, incluyendo la elección de la política económica, cuando la soberanía del Estado sobre la economía es compartida con entidades tecnocráticas, supranacionales? Este tipo de preguntas son críticas. No tienen por qué conducir a medidas constitucionales simbólicas, pero sí pueden ser un motivo para asignar la responsabilidad de implementar estos derechos a los actores políticos y dar más espacio a la política para negociar.

La opción de tratar los derechos económicos y sociales como parte de la base política de la constitución, en vez de como una base jurídica, aún requiere procedimientos para su implementación. Los responsables de la elaboración constitucional han considerado varias opciones, cuya característica común o subyacente es que dependen de procedimientos de ejecución no judiciales. Algunas de estas alternativas son las siguientes:

- Incluir los derechos económicos y sociales en la constitución, e incluso en una carta o declaración de derechos, sujetándolos a limitaciones expresas en lo que se refiere a su aplicación judicial.
- Incluir los derechos como “principios rectores de la política de Estado” orientados a los actores políticos y creadores de políticas.
- Reforzar los derechos económicos y sociales mediante otros derechos aplicables. Dado que el disfrute de estos derechos depende de las políticas públicas, como también del uso del dinero recaudado mediante impuestos, los profesionales pueden intervenir para permitir que la ciudadanía examine las políticas de gobierno y sus gastos, junto con sus implicaciones para los derechos económicos y sociales. Esto puede hacerse por medio de una obligación constitucional de reconocer el derecho de acceso a la información oficial y autorizando al poder legislativo a darle efecto operativo.
- Otra forma de implementación implica establecer una institución que asista a los ciudadanos comunes para conseguir ayuda. Idealmente, tal institución es independiente de quienes crean las políticas ejecutivas y de los legisladores que determinan los presupuestos. Su rasgo distintivo es su carácter no judicial. El defensor del pueblo (*Ombudsman*) sería un caso de este tipo. En varios países estas personas pueden investigar violaciones a los derechos económicos y sociales y hacer recomendaciones en favor de reformas legales y administrativas.

Este tipo de opciones permite esclarecer quién es responsable por la no implementación de estos derechos, lo cual es crucial. El lenguaje de los principios rectores puede establecer de manera evidente quién es la persona responsable; así, si la promulgación de leyes es un requisito expreso, tal información puede usarse para presionar a los parlamentos y llevar un registro del historial de voto de los parlamentarios. En América Latina, los grupos cívicos que presionan para lograr una “ciudadanía económica” en beneficio de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables han usado ciertas disposiciones incluidas en los principios rectores para reclamar una evaluación de impacto de los derechos humanos en proyectos de desarrollo oficiales. Para los impulsores del cambio en distintos grupos étnicos, los derechos económicos y sociales pueden proporcionar una medida tangible para examinar los reclamos por discriminación, separando así la percepción de discriminación de las verdaderas prácticas discriminatorias.

Una cultura de derechos humanos estable y flexible puede requerir que los tribunales y las asambleas legislativas encuentren un equilibrio entre las garantías políticas y legales. Los responsables de la elaboración constitucional también pueden vincular los objetivos de desarrollo a los derechos económicos y sociales y crear un consejo económico para aconsejar al poder ejecutivo o a todas las autoridades públicas sobre políticas económicas, incluyendo la implementación de derechos.

*La constitución quizás no resuelva de manera definitiva el problema de los derechos económicos, sociales y culturales, pero puede determinar los principios para guiar a quienes toman decisiones. Si son profundamente disputados en cuanto a su significado y efecto, consagrar estos derechos en una constitución puede ser contraproducente.*

Puede ocurrir que la constitución no resuelva el problema de manera definitiva, pero sí puede establecer principios para guiar a quienes toman las decisiones. Si los derechos económicos y sociales son objeto de importantes disputas en cuanto a su significado y efecto, consagrarlos en una constitución puede resultar contraproducente. Ese conflicto perdurará, a menos que las condiciones económicas y materiales mejoren para los más pobres, un resultado que quizás vaya más allá del alcance de la constitución. La consagración de los derechos también puede ampliar el conflicto institucional entre el poder ejecutivo y el judicial, o entre tribunales y parlamentos. No hay una sola ruta para la realización completa de los derechos económicos y sociales, y se han visto éxitos y fracasos en distintos sistemas constitucionales.

## 9. Conclusiones

La relación entre la cultura de derechos humanos y la elaboración constitucional es compleja dada la posición central que ocupan las exigencias y las disputas sobre derechos respecto de las divisiones sociales y los conflictos. Los derechos humanos juegan un papel central en la resolución de conflictos entre distintos grupos, aunque su inclusión en la constitución de un Estado afectado por un conflicto no está exenta de tensiones. A lo largo del tiempo, el alcance y la importancia de los derechos humanos ha crecido. No solo limitan los poderes de gobierno respecto de los individuos en una sociedad



libre, sino que las personas y los grupos marginalizados también los reclaman como vehículos para la participación continuada en la gobernanza política y económica. En Estados socialmente diversos, profundamente divididos y afectados por conflictos, la constitución pasa a ser disputada como marco regulador de la forma en que las personas y los grupos van a llevar sus vidas. Su propósito se extiende más allá del alcance estrecho de la constitución en cuanto ley. Dado que las constituciones no pueden garantizar su propia protección, sino que requieren una voluntad política e instituciones dinámicas que sean capaces de actuar, los responsables de la elaboración constitucional deben ir más allá de la inclusión de los derechos en un catálogo de derechos. Una posibilidad es prestar mayor atención a definir medidas constitucionales adecuadas que sirvan de

***Los derechos humanos juegan un papel central en la resolución de conflictos entre distintos grupos, aunque su inclusión en la constitución de un Estado afectado por un conflicto no está exenta de tensiones. En Estados socialmente diversos, profundamente divididos y afectados por conflictos, la constitución pasa a ser disputada como marco regulador de la forma en que las personas y los grupos van a llevar sus vidas.***

soporte a los derechos dentro del sistema de poder existente, en vez de al margen del mismo. Quienes elaboran las constituciones también deben considerar la forma en que los distintos diseños institucionales asignan el poder político, y cómo las distintas visiones de la constitución contribuyen a formar una cultura de derechos humanos. De esa manera, los derechos pueden ser parte integral de la base moral para los fundamentos legales y políticos del sistema constitucional, en vez de ir en paralelo.

Es cierto que los conflictos y la división pueden agravar los problemas que conlleva el

desarrollo de una cultura de derechos humanos mediante una constitución que perdure en el tiempo. La experiencia del autoritarismo, las fracturas étnicas, la violencia, posibles extensos períodos de gobierno bajo estados de emergencia en que la suspensión de los derechos fue prolongada, una cultura de control judicial débil y la falta de conocimiento legal entre las personas comunes, la ausencia de grupos de presión fuertes si no son reconocidos o fomentados, el problema de que múltiples organizaciones se interesen en los derechos solamente en la medida en que afectan a aquellos cuyos intereses representan, etc., son factores indicativos de las dificultades que enfrentan muchos países que están lidiando con la elaboración de constituciones. Los constituyentes deben encontrar un equilibrio, y reconocer las limitaciones de las constituciones y los fundamentos de los derechos humanos, pero también deben ver las posibilidades para abrir espacios que antes no existían y permitir la movilización de grupos en relación con asuntos públicos, lo que antes no era posible.

**Tabla 3.1. Temas destacados en este capítulo**

Temas	Preguntas
<p><b>1. Definir la cultura de los derechos humanos</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Por qué deben incluirse los derechos humanos en una constitución?</li> <li>• ¿Cuáles derechos serán incluidos en la constitución?</li> <li>• ¿Cómo inciden la experiencia de conflicto y el contexto en la determinación de cuáles derechos serán incluidos o excluidos de la constitución?</li> <li>• ¿Cómo contribuye el hecho de pensar en términos de cultura de derechos humanos, en vez de enfocarse solamente en las opciones constitucionales de derechos humanos, a que los responsables de la elaboración constitucional aborden los derechos de manera holística o exhaustiva?</li> </ul>
<p><b>2. Procesos de elaboración constitucional y cultura de los derechos humanos</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Qué relación tiene el proceso de elaboración constitucional con el contenido final en cuanto a derechos humanos?</li> <li>• ¿De qué manera sirven la naturaleza o el fundamento de una constitución y el sistema político que establece para proporcionar el marco textual con que se definirá el alcance de los derechos humanos?</li> </ul>
<p><b>3. Cultura de los derechos humanos en un contexto de conflicto</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Cómo deben los responsables de la elaboración constitucional abordar una cultura pasada de graves violaciones de derechos humanos para crear una nueva cultura constitucional de derechos humanos?</li> <li>• ¿De qué modo contribuye el sistema de asignación de poder en respuesta al conflicto social a moldear la cultura constitucional de los derechos humanos?</li> <li>• Para implementar derechos humanos, ¿importa si una constitución eleva el diálogo político o (alternativamente) trata los enfoques legales o judiciales como procesos preferentes para la resolución de graves disputas sociales?</li> <li>• ¿Cómo afectan los conflictos entre la ley nacional y el derecho internacional de los derechos humanos a la cultura de derechos humanos?</li> </ul>
<p><b>4. Decidir sobre las opciones de derechos humanos en la constitución</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Qué criterios suelen considerar los responsables de la elaboración constitucional antes de decidir qué opciones relacionadas a los derechos humanos van a incorporar en la constitución?</li> <li>• ¿Qué implicaciones tienen las distinciones entre individuos, grupos y pueblos para el lenguaje de derechos humanos usado en la constitución?</li> </ul>
<p><b>5. Aplicación de los derechos humanos</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Por qué es de importancia crítica que los responsables de la elaboración constitucional piensen cuidadosamente en la aplicación de los derechos al momento de definir las opciones de derechos humanos en la constitución?</li> <li>• ¿Qué problemas suelen surgir con respecto a la aplicación?</li> </ul>

Temas	Preguntas
<b>6. Derechos humanos como factor de tensión social</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Se corre el riesgo de que las garantías constitucionales relativas a los derechos humanos aumenten los conflictos en las sociedades en vez de mitigarlos?</li> <li>• ¿Qué clase de tensiones surgen durante la discusión de los derechos humanos en la elaboración constitucional?</li> <li>• ¿Qué temas suelen atraer mayores tensiones durante la elaboración constitucional en contextos diversos?</li> <li>• ¿Qué riesgos acompañan a la implementación de la constitución cuando se trata de garantías de derechos altamente disputados, y cómo se pueden minimizar?</li> </ul>
<b>7. Consenso sobre la cultura de los derechos humanos frente a la división respecto de derechos específicos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Hay derechos que son más proclives a causar división que otros?</li> <li>• ¿Qué tensiones surgen al garantizarse los derechos de las minorías y cómo pueden los responsables de la elaboración constitucional aumentar el consenso sobre estos derechos?</li> <li>• ¿Qué tensiones causan las garantías sobre los derechos de las mujeres y cómo se puede aumentar el consenso sobre estos derechos?</li> <li>• ¿Qué tensiones causan las garantías sobre los derechos económicos, sociales y culturales y cómo se puede aumentar el consenso sobre estos derechos?</li> </ul>
<b>8. Conclusión</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cuando se trata de usar el proceso de elaboración constitucional para crear una cultura de derechos humanos, ¿qué deben tener en cuenta los responsables de dicha elaboración?</li> </ul>

## Notas

- 1 M. Glenny, *The Balkans 1804-1999: Nationalism, War and the Great Powers* [Los Balcanes 1804-1999: El nacionalismo, la guerra y los grandes poderes] (Londres: Granta, 2000), págs. 32-38.
- 2 IDEA International, *Electoral System Design: The New International IDEA Handbook* [Diseño del sistema electoral: El nuevo manual de IDEA Internacional] (Estocolmo: IDEA Internacional, 2005).

## Términos clave

Derechos humanos, derechos fundamentales, libertades civiles, estándares internacionales, cultura de derechos humanos, derechos civiles, derechos políticos, derechos culturales, derechos económicos, derechos sociales, derechos económicos y sociales, ciudadanía, acción afirmativa, discriminación positiva, derechos de las mujeres, derechos religiosos, derechos de las minorías, estado de emergencia, Defensoría del Pueblo, Comisión de Derechos Humanos, grupos vulnerables, comunidad marginada, violaciones graves, amnistía, inmunidad, justicia transicional.

## Recursos adicionales

- **Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**

<<http://www.ohchr.org/EN/Pages/WelcomePage.aspx>>

El Alto Comisionado es el principal oficial de derechos humanos de las Naciones Unidas y dirige los esfuerzos de la misma relativos a los derechos humanos mediante la investigación, educación y difusión de información pública. El sitio web ofrece programas para la implementación de los derechos humanos y recursos sobre derechos humanos, así como materiales de capacitación y un foro sobre los desafíos actuales.

- **Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas**

<<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/>>

El Consejo de Derechos Humanos es un organismo intergubernamental del sistema de las Naciones Unidas y está compuesto por 47 Estados responsables de fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo. El Consejo fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de marzo de 2006 con el objetivo principal de abordar situaciones de violaciones de derechos humanos y hacer recomendaciones al respecto.

- **Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Gobierno Democrático enfocado en los Derechos Humanos**

<[http://www.undp.org/governance/focus\\_human\\_rights.shtml](http://www.undp.org/governance/focus_human_rights.shtml)>

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) apoya el desarrollo de los derechos humanos mediante la capacitación de los sistemas e instituciones de derechos humanos, la colaboración con organizaciones internacionales y la promoción de las judicaturas nacionales.

El sitio web del PNUD proporciona recursos y tiene un programa de apoyo para profesionales de los derechos humanos.

- **Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos**

<<http://www.achpr.org/>>

La Comisión fue establecida bajo la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos para asegurar el cumplimiento de la Carta por parte de los Estados miembros.

- **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

<[http://europa.eu/lisbon\\_treaty/glance/rights\\_values/index\\_en.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/rights_values/index_en.htm)>

Todos los Estados miembros de la Unión Europea están sujetos a la Carta de los Derechos Fundamentales, en vigor desde 2007. Los valores fundamentales de la UE se establecen en el Tratado de Lisboa e incluyen la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos.

- **Índice de derechos humanos para los países árabes**

<<http://www.arabhumanrights.org/en/>>

El índice de derechos humanos para los países árabes, patrocinado por el Programa del PNUD sobre la Gobernanza en la Región Árabe (PNUD-POGAR), es un repositorio del conjunto de documentos de las Naciones Unidas relacionados con los derechos

humanos y las respuestas, incluidas las reservas, de los Estados miembros árabes a los comités que supervisan los principales tratados internacionales de derechos humanos.

- **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

<<http://www.cidh.oas.org/what.htm>>

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es uno de los órganos del sistema interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos bajo la órbita de la Organización de los Estados Americanos (<<http://www.oas.org>>). La Comisión tiene sus oficinas en Washington, D. C. El otro órgano sobre derechos humanos es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica.

- **Unión Interparlamentaria**

<<http://www.ipu.org/english/whatipu.htm>>

La Unión Interparlamentaria (UIP) es el punto de foco para el diálogo parlamentario global, y trabaja para la paz y cooperación entre los pueblos y para el establecimiento de la democracia representativa. La UIP desarrolla trabajos temáticos sobre derechos humanos.

- **Instituto Mundial de Información Legal**

<<http://www.worldlii.org/>>

El Instituto Mundial de Información Legal mantiene un nutrido catálogo de legislación y decisiones judiciales significativas de distintos países. El catálogo permite buscar por país y por materia.

- **Red de Información Legal Gubernamental**

<<http://www.glin.gov/search.action>>

La Biblioteca de Derecho del Congreso de los EE. UU. mantiene esta red en línea que tiene información sobre la legislación de muchos países del mundo y permite buscar por tema.

- **Red Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

<<http://www.escr-net.org/>>

LA RIDESC aboga por un enlace entre los derechos humanos y la justicia económica y social con el objeto de reducir la pobreza y la desigualdad mediante la provisión de recursos para que los actores nacionales busquen en el mundo nuevas disciplinas y enfoques para abordar estos problemas. Esta organización no gubernamental sin fines de lucro ofrece en su sitio web una red interactiva de expertos y profesionales que trabajan para apoyar el desarrollo de los derechos humanos económicos, sociales y culturales alrededor del mundo.

- **Consejo de Europa**

<<http://www.coe.int>>

El Consejo de Europa busca desarrollar principios comunes y democráticos en toda Europa sobre la base de la Convención Europea de Derechos Humanos y otros textos de referencia sobre la protección de las personas. El sitio web tiene recursos, publicaciones y materiales de capacitación orientados a fortalecer la aplicación de los derechos humanos.

- **HUODOC: Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos**  
<<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUODOC/HUODOC+database>>  
HUODOC es una base de datos de casos y decisiones tomadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos.
- **Centro de Recursos Legales Asiáticos**  
<<http://www.alrc.net/>>  
La ONG Centro de Recursos Legales Asiáticos (ALRC) promueve los derechos culturales, económicos y sociales, y trabaja de cerca con actores nacionales e internacionales, enfatizando la autonomía nacional. El sitio web proporciona recursos y capacitación para que los profesionales del derecho fortalezcan la aplicación de los derechos humanos y el Estado de derecho.
- **Centro Internacional para la Justicia Transicional**  
<<http://www.ictj.org>>  
El Centro Internacional para la Justicia Transicional (CIJT) es una ONG que ayuda a las sociedades a abordar las violaciones de derechos humanos generando confianza en las instituciones nacionales como guardianas de los derechos humanos. El sitio asesora a los Estados y a los encargados de la elaboración de políticas sobre temas de justicia transicional y derechos humanos, y ofrece una biblioteca de publicaciones sobre investigación en estos mismos temas.
- **Unidos por los Derechos Humanos**  
<<http://www.humanrights.com/home.html>>  
Unidos por los Derechos Humanos (UDH) trabaja en el nivel internacional, nacional y local para implementar la Declaración Universal de Derechos Humanos, proporcionando recursos educacionales e información sobre la historia, la terminología, y los esfuerzos relacionados con los derechos humanos, junto con una base de datos de organizaciones dedicadas a temas de derechos humanos.

## Bibliografía

- Abdullah, F., “Affirmative Action Policy in Malaysia: To Restructure Society, to Eradicate Poverty” [Política de acción afirmativa en Malasia: reestructurar la sociedad, erradicar la pobreza] (1997), <[http://www.ices.lk/publications/esr/articles\\_jul97/Esr-Abdullah.PDF](http://www.ices.lk/publications/esr/articles_jul97/Esr-Abdullah.PDF)>.
- Andolina, R., “The Sovereign and Its Shadow: Constituent Assembly and Indigenous Movement in Ecuador” [El soberano y su sombra: la asamblea constituyente y el movimiento indígena en Ecuador], *Journal of Latin American Studies*, 35 (2003), págs. 721-750 (discute la legitimación del proceso constitucional de 1997-1998 entre los pueblos indígenas).
- Austin, Granville, *Working a Democratic Constitution* [Trabajar en una constitución democrática] (Oxford y Nueva Delhi: Oxford University Press, 1999), págs. 99-122 (sobre el conflicto respecto de los derechos fundamentales entre el parlamento y el poder judicial en India).

- Bajpai, R., “Constituent Assembly Debates and Minority Rights” [Debates en la Asamblea Constituyente y derechos de las minorías], *Economic and Political Weekly*, 35 (2000), págs. 1836-1845 (sobre la formulación de medidas especiales para castas históricamente perjudicadas en India).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms [Carta Canadiense de Derechos y Libertades], <[http://www.charterofrights.ca/en/26\\_00\\_01](http://www.charterofrights.ca/en/26_00_01)>.
- Carter Center, “Final Report on Ecuador’s September 30, 2007, Constituent Assembly Elections” [Informe Final sobre la Asamblea Constituyente de Ecuador, 30 de septiembre de 2007] (2007), pág. 2, <<http://aceproject.org/regions-en/countries-and-territories/EC/reports/ecuadors-constituent-assembly-elections-2007-final>>.
- Dower, J. W., *Embracing Defeat: Japan in the Wake of World War II* [Aceptar la derrota: Japón después de la Segunda Guerra Mundial] (Nueva York: Norton, 2000), págs. 364-373 (ilustra el impacto del proceso de redacción en el contenido de un Catálogo de Derechos).
- Glenny, M., *The Balkans 1804-1999: Nationalism, War and the Great Powers* [Los Balcanes 1804-1999: nacionalismo, guerra y grandes poderes] (Londres: Granta, 2000), págs. 32-38.
- Hart, H. L. A., “The Concept of Law” [El concepto de ley], *Clarendon Law Series* (Oxford: Oxford University Press, 1961), págs. 195-207 (sobre el derecho natural, la validez legal y la moral).
- Hart, V., *Democratic Constitution Making* [Elaboración constitucional democrática], Special Report 107 (Washington, D. C.: Instituto de Estados Unidos para la Paz, 2003), págs. 4-11, <<http://www.usip.org>> (sobre un enfoque constituyente basado en derechos).
- Hunt, L., *Inventing Human Rights: A History* [Inventar derechos humanos: una historia] (Nueva York: Norton, 1997), págs. 26-34 (sobre cómo los derechos humanos pasaron a ser “autoevidentes”).
- Kennedy, D., *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism* [El lado oscuro de la virtud: reevaluando el humanitarismo internacional] (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 2004), págs. 3-35 (sobre las narrativas de los derechos humanos como parte del problema).
- Mahmoudi, S., “The Sharia in the New Afghan Constitution: Contradiction or Compliment?” [La Sharia en la Nueva Constitución afgana: ¿contradicción o complemento?], *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional, 64 (2004), págs. 867-880.
- McWhinney, E., *Constitution-making: Principles, Process, Practice* [Elaboración de constituciones: principios, proceso, práctica] (Toronto: University of Toronto Press, 1981), págs. 67-125 (sobre diseños para instituciones y procesos constitucionales).

Steiner, J. y P. Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, [Derechos humanos internacionales en contexto: ley, política y moral] 2.<sup>a</sup> ed. (Oxford: Oxford University Press, 2000), págs. 243-319 (sobre derechos económicos y sociales) y págs. 324-402 (sobre derechos y relativismo cultural).

Tully, J., *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* [Extraña multiplicidad: constitucionalismo en la era de la diversidad] (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), págs. 183-212 (descripción general de argumentos a favor o en contra del reconocimiento constitucional de la diversidad cultural).

### *Constituciones*

(Acceso a las versiones en inglés en <<http://confinder.richmond.edu>>)

Constitución de Brasil, 1988

Constitución de Colombia, 1991

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999

Constitución de Ecuador, 2008

Constitución de Bolivia, 2009

Constitución de la India, 1949

Constitución de Malasia, 1957

Constitución de Timor Oriental, 2002

Constitución de Afganistán, 2004

Constitución Interina de Nepal, 2007

Constitución de Irak, 2005, artículos 20, 30, 37

Constitución de Hungría, 1949, con enmiendas hasta 1989

Ley Fundamental de Alemania, 1949

Constitución de Grecia, 1975

Constitución de España, 1978

Constitución de Egipto, 1971

Constitución de Etiopía, 1994

Constitución de Sudáfrica, 1996

Constitución de Nigeria, 1996

Constitución de Rwanda, 2003

Constitución de Suazilandia, 2005

Constitución de Kenia, 2010