

**EL BIENESTAR ECONÓMICO Y SOCIAL EN LAS SOCIEDADES DEL  
SIGLO XXI: HACIA UNA REDEFINICIÓN DE LAS PRÁCTICAS DE  
GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES**

*ECONOMIC AND SOCIAL WELL-BEING IN SOCIETIES OF XXI CENTURY:  
TOWARDS A REDEFINITION OF THE PRACTICES TO GUARANTEE SOCIAL  
RIGHT.*

*ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ  
Profesor de Derecho Constitucional  
Universitat de València*

Artículo recibido el 1 de diciembre de 2016  
Artículo aceptado el 10 de diciembre de 2016

**RESUMEN**

Las transformaciones del capitalismo de las últimas décadas, entrando este en su fase degenerativa, unido a la fallida económica del Estado social, han conducido a una crisis de las garantías normativas, judiciales y sociales de los derechos sociales eficaces hasta ahora. Ello nos obliga a pensar no sólo un nuevo relato de los derechos sino también, nuevas prácticas de garantía de los derechos sociales capaces de garantizar el bienestar económico y social en las sociedades del presente siglo. El presente artículo analiza y plantea propuestas acerca de cómo construir nuevos paradigmas constitucionales garantistas capaces de asegurar la justiciabilidad de los derechos sociales en el s. XXI.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos sociales, garantías, nuevo constitucionalismo, Constitución, capitalismo degenerativo.

#### ABSTRACT

The transformations of capitalism of the last decades, entering this one in its degenerative phase, together with the economic failure of the social state, have led to a crisis of normative, judicial and social guarantees of social rights effective until now. This forces us to think not only of a new catalogue of rights but also of new practices of guaranteeing social rights capable of guaranteeing economic and social well-being in the societies of the present century. This article analyzes and proposes proposals on how to construct new constitutional paradigms that can ensure the enforcement of social rights in the XXI century.

**KEY WORDS:** Social rights, guarantees, new constitutionalism, Constitution, degenerative capitalism.

#### SUMARIO

1. *Introducción: hacia un nuevo tiempo de los derechos y garantías.*
2. *Crítica a la concepción instrumentalista de las garantías.*
3. *Mutación del capitalismo y conformación de las sociedades del s. XXI: la crisis de las garantías normativas, judiciales y sociales de los derechos sociales.*
  - 3.1. *Crisis de las garantías normativas.*
  - 3.2. *Crisis de la garantía judicial.*
  - 3.3. *Crisis de la garantía social clásica.*
4. *Hacia un nuevo paradigma constitucional garantista y una redefinición de las prácticas de garantía de los derechos.*
  - 4.1. *La propuesta de retorno a lo nacional: la utopía regresiva*
  - 4.2. *El nuevo paradigma constitucional: nuevo relato de los derechos y nuevas prácticas de garantía*
5. *Conclusiones.*
6. *Bibliografía.*

## **1. Introducción: hacia un nuevo tiempo de los derechos y garantías**

Bobbio escribió *L'età dei diritti* (1989)<sup>1</sup>. No hay una única edad o época de los derechos sino edades o épocas de los derechos y garantías en plural. La invención de los derechos y garantías pertenece a la modernidad occidental y estuvo conectada con las reivindicaciones individualistas y propietarias de la burguesía. La evolución posterior, especialmente en el continente europeo, está ligada a la irrupción de otro sujeto, la clase trabajadora, que impone la modificación del marco constitucional y conduce hacia una nueva edad o época con nuevos derechos, garantías y forma de Estado, el Estado social. El relato de los derechos y las garantías hoy debe tener en cuenta las transformaciones de los tiempos y del sujeto histórico para diseñar una nueva edad o época. La mutación del capitalismo y conformación de las sociedades del s. XXI ha conducido a una crisis de las garantías normativas, judiciales y sociales de los derechos sociales eficaces hasta ahora. Ello nos obliga a pensar en nuevas prácticas de garantía de los derechos sociales capaces de garantizar el bienestar económico y social en las sociedades del presente siglo.

## **2. Crítica a la concepción instrumentalista de las garantías**

La función que las garantías de los derechos ejercen en nuestras sociedades es concebida muchas veces desde una perspectiva meramente instrumentalista. De acuerdo con esta visión, las garantías de los derechos serían un medio o instrumento, vacías de contenido ideológico por sí mismas y ajenas a las coyunturas histórico-concretas, que pueden ser utilizadas en cualquier momento por los poderes públicos o los ciudadanos para lograr fines previamente delimitados.

Para el instrumentalismo, las garantías no existen más allá de los límites del uso que pueda dárseles. Las reduce a “algo” o a una “cosa” que puede ser utilizado por “cualquiera” cuando “quiera”. Son pues, instrumentos que están a la espera de que alguien las use.

De acuerdo con esta concepción, el acontecimiento fruto de las elecciones de un simple cambio de tendencia progresista en las personas que ocupan las estructuras de Estado debería permitir volver a activar en la coyuntura actual las garantías existentes de los derechos.

El presente trabajo parte de la negación de esta tesis instrumentalista de las garantías, como garantías-cosa. Evidentemente, ningún análisis de las garantías de los derechos puede prescindir de su finalidad, no estoy diciendo que las garantías no sean un

---

<sup>1</sup> N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

instrumento, sin embargo el problema de esta concepción instrumentalista de las garantías es que es incapaz de entender que cada una de las garantías de los derechos aparece como parte integrada de una “época” o de una configuración social histórica en cuyo interior adquiere eficacia. Fuera de su “época” la garantía no es útil ni eficaz.

Las garantías no son instrumentos ajenos a la organización institucional, productiva, distributiva, normativa y simbólica de la sociedad donde actúan, sino que surge fruto de ésta y operan en interrelación con ella de manera que la modificación de tal forma de organización modifica también la eficacia de las garantías.

El principal elemento común del que se sirvieron los individuos, durante el s. XX, para procurarse su subsistencia, fue la administración del Estado-nación. En 1938, E. Forsthoff<sup>2</sup> desarrolla así su concepción del Estado como servidor de la idea de *Daseinsvorsorge* y, por tanto, la configuración de la Administración pública como una *leistende Verwaltung*. Esto es, una Administración que abastece, proporciona y actúa directamente para poder abastecer y proporcionar bienes y servicios a los administrados en el sí de una relación vertical donde el Estado-nación es el sujeto emisor de la igualdad y la estructura social el objeto de la igualdad<sup>3</sup>.

El éxito de la procura existencial de bienestar económico y social a todas las personas por parte de la Administración del Estado-nación durante la segunda mitad del siglo XX dependió de tres condiciones: a) El crecimiento económico; b) El pleno empleo y la fortaleza organizativa de la clase obrera; y, c) La política del *Keynes at home, Smith abroad*.

a) El crecimiento económico: Existen dos factores que conectaban directamente la garantía de los derechos sociales al crecimiento económico. En primer lugar, el Estado social no implicó una alteración de las desiguales proporciones del reparto de la producción total asignadas al Capital y al Trabajo, sino tan sólo una mejora de las condiciones de vida de los trabajadores por derrame de riqueza, en tanto la producción aumenta, la masa de bienes, por vía de salario directo e indirecto, destinadas a este último aumenta también materialmente sin que ello suponga menoscabo alguno para los beneficios del capital ni las relaciones productivas establecidas<sup>4</sup>. Y en segundo lugar, la naturaleza jurídica de los derechos sociales. El tratamiento jurídico que gran parte de las Constituciones europeas otorga a los derechos sociales como principios rectores de políticas públicas (véase el art. 53.3 de la Constitución española o el art. 45 de la Constitución irlandesa) establece una estrecha conexión entre derechos y presupuesto<sup>5</sup>,

---

<sup>2</sup> FOHSTHOFF, E. *Die Verwaltung als Leistungstrager*, Königsberger Rechtswissenschaftliche Forschungen, Stuttgart, 1938.

<sup>3</sup> Sobre ello, vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, “La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de “daseinsvorsorge””, *Revista de Administración Pública*, Núm. 38, Madrid, 1962. p. 36.

<sup>4</sup> G. LENSKI, *Power and Privilege, a Theory of Social Stratification*, McGraw Hill, Nueva York, 1966, pp. 308-318, 434-441.

<sup>5</sup> La relación entre vínculo presupuestario y derechos sociales se ve muy claro en el ámbito autonómico español. Los dos pilares básicos del sistema de protección social en el ámbito autonómico son los servicios sociales y los ingresos mínimos de inserción. Como señala G. Maestro, un rasgo común de las leyes autonómicas sobre servicios sociales es que estas normas no crean servicios por ellas mismas,

de manera que una limitación de los ingresos públicos o del gasto público acentúa la regresividad de los derechos sociales.

b) El pleno empleo y la fortaleza organizativa de la clase obrera: El desarrollo de la industrialización implica un aumento de la necesidad de asalarización, lo que supone que la mayor parte de la población activa queda directa o indirectamente bajo la forma salario agotando o reduciendo el ejército industrial de reserva. La limitación de la capacidad de reemplazo de la fuerza de trabajo por el Capital aumentaba significativamente las posibilidades de negociación y presión de las organizaciones obreras.

c) La política del *Keynes at home, Smith abroad*: uno de los elementos que permitieron a las empresas del centro aumentar sus beneficios fue la compra por debajo de su valor de materias primas a los países del sur a la vez que les vendían sus productos a unos precios cada vez más caros. Esta diferencia creció de manera desmesurada en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial. Mientras los salarios y condiciones laborales de los trabajadores europeos mejoraron considerablemente en ésta época encareciendo su producción, los precios de los productos proveniente del sur disminuyeron a un ritmo vertiginoso<sup>6</sup>.

---

precisan por tanto mediaciones normativas y administrativas para su actuación. En general, estas leyes autonómicas revisten un alto grado de programaticidad. Una de las consecuencias de esta configuración normativa es la subordinación de las prestaciones a las disponibilidades presupuestarias que se realiza en varias de las leyes autonómicas. Es decir, introducen un factor de debilidad asistencial al establecer una dependencia estricta entre disponibilidad presupuestaria y prestación, alejándola del esquema del derecho y del vínculo directo entre la norma y el posible sujeto destinatario. El otro pilar del sistema de protección autonómico es, la renta mínima de inserción. Esta prestación económica pretende cubrir las necesidades de aquellas personas sin recursos para hacer frente a los gastos básicos para la supervivencia y es subsidiaria o complementaria de otro tipo de prestaciones sociales. Maestro señala dos aspectos que vinculan la garantía de esta prestación al presupuesto. El primero es que, en un significativo número de leyes autonómicas sobre estas ayudas, se sigue haciendo depender su percepción de la existencia de disponibilidad presupuestaria, la fijación de una cantidad anual en el presupuesto autonómico condiciona la percepción a un criterio cronológico, el de la presentación de la petición, como elemento determinante y, a la vez, hace depender este mecanismo de protección de la decisión económico-presupuestaria. El segundo aspecto a señalar se refiere a la determinación de la cuantía a percibir. Sólo algunas comunidades establecen la cuantía respecto a un porcentaje del Salario Mínimo Interprofesional, la mayoría establece una cantidad sin parámetros de referencia. En cualquier caso, la determinación de ésta no está nunca vinculada al cálculo económico del coste de las necesidades básicas determinantes del estado de necesidad sino a las posibilidades presupuestarias (MAESTRO, G. “El vínculo presupuestario comunitario y los derechos sociales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 64, 2002).

<sup>6</sup> Una estadística publicada por el *Monthly Bulletin of Statistics* de diciembre de 1961 y citada por A. Emmanuel, señala que los índices de precios de las materias primas y de los productos manufacturados provenientes de países del sur, de 1951 a 1960, disminuyó en un 26,10%. Desde 1960, el movimiento parece acelerarse: en septiembre de 1962, el índice de precios de las materias primas del *Financial Times* evidenciaba un retroceso del 7% en un año solamente, y evaluaciones aproximadas en los dos años 1961-1962 hacen subir este porcentaje cerca del doble. Hay que agregar, además, que estas cifras no reflejan toda la realidad. Estos precios y esos índices, aún reajustados a la paridad oro de las diferentes monedas, no tienen en cuenta el hecho de que el oro mismo ha perdido la mitad de su valor desde los acuerdos de Bretton Woods en 1945. Vid. AMIN, PALLOIX, EMMANUEL y BETTELHEIM, *Imperialismo y comercio internacional (el intercambio desigual)*, Cuadernos de pasado y presente, Siglo XXI, Madrid, 1973, p. 6.

Si bien, la concurrencia de estas circunstancias otorgó plena eficacia a lo que conocemos como las garantías normativas, judiciales y social de los derechos sociales durante parte de la segunda mitad del s. XX, la transformación de la coyuntura político-económica ha hecho que éstas no encajen hoy en nuestra época, perdiendo eficacia.

### **3. Mutación del capitalismo y conformación de las sociedades del s. XXI: la crisis de las garantías normativas, judiciales y sociales de los derechos sociales**

La combinación de los elementos que definen la coyuntura actual en los países del sur de Europa: crisis económica, desindustrialización, globalización o internacionalización de la economía y limitación del déficit público o saqueo de lo público, lleva a un vaciamiento de la eficacia de los distintos tipos de garantía de los derechos sociales: las garantías normativas, las garantías judiciales y la garantía social clásica.

#### **3.1. Crisis de las garantías normativas**

Llamamos garantías normativas al conjunto de obligaciones, principios o directrices de interpretación y aplicación de los derechos que imponen al poder político la obligación de garantizar los mismos. Ejemplo de ello es el principio de progresividad de los derechos del que deriva la prohibición de regresividad de éstos.

Las dificultades económicas de los Estados, la imposición de la estabilidad presupuestaria y la limitación del déficit público, ha justificado en muchas ocasiones el incumplimiento de las garantías normativas, incluso en Estados caracterizados, tradicionalmente, por la fuerte eficacia de estas.

En países como Colombia, con una Corte Constitucional caracterizada, desde 1992, por la emisión de sentencias diversas donde a partir de la interpretación del art. 48 de la Constitución (*“El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social...”*) había acogido la regla de que toda modificación legal de carácter regresivo de derechos ya reconocidos debe presumirse inconstitucional, encontramos que en momentos de dificultades económicas sentencias como la C-038 de 2004 afirma que tal prohibición de regresividad de los derechos *“no puede ser siempre absoluta y puede llegarse a justificar por imperiosas razones económicas de sostenibilidad del sistema”*.

Un artículo similar al 48 de la Constitución colombiana, lo encontramos en la disposición 12.3 de la Carta Social Europea (CSE) que establece que los Estados firmantes se comprometen a *“esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social”*. En las Conclusiones XX-2 (2013) al 23º Informe griego de aplicación de la CSE ante el Consejo de Europa, publicadas en enero de 2014, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) señaló que el efecto acumulativo de las

reformas legislativas que en esta materia (leyes 3863/2010; 3845/2010; 3986/2011; 4024/2011) tuvieron lugar en Grecia, a partir de 2010, a raíz del primer “rescate” económico y aplicación del Memorándum I, dio lugar a una evolución restrictiva del sistema de seguridad social y el deterioro del régimen de seguridad social que vulnera el art. 12.3 CSE<sup>7</sup>.

Aunque podríamos seguir poniendo ejemplos, no cabe duda que la imposición de un nuevo modelo de constitucionalismo económico neoliberal que incorpora en las constituciones estatales o en la Constitución económica europea la obligación de presentar presupuestos equilibrados, limitación del gasto público a un cierto porcentaje del PIB, limitación del crecimiento de la masa monetaria etc. conduce, inevitablemente, a un incumplimiento cada vez mayor de las llamadas garantías normativas de los derechos sociales.

### **3.2. Crisis de las garantías judiciales**

Durante gran parte del siglo XX, la reivindicación, lucha y ampliación de los derechos de ciudadanía estuvo estrechamente ligado a la actividad de las formas organizativas del Trabajo (sindicatos y partidos) en el ámbito político-institucional. Lo político era el campo de conquista y defensa de los derechos.

No obstante, el desplazamiento de los espacios de toma de decisiones del espacio parlamentario estatal al espacio europeo neoliberal supone una crisis y una incapacidad de los espacios y sujetos tradicionales de la política (parlamentos y partidos), tanto de generar políticas de igualdad como de actuar como representantes de los ciudadanos. Ello hace que en la conciencia colectiva, el espacio desde el que hacer efectivos la democracia y los derechos dejó de ubicarse, desde hace años, en lo político, es decir en el Congreso a través de la ley, para desplazarse hacia lo jurisdiccional, esto es los tribunales a través de sentencias que protejan los derechos constitucionales de los ciudadanos frente a la ley<sup>8</sup> y medidas que provienen de las instancias neoliberales internacionales.

Ante la desconfianza en el espacio político-institucional tradicional, el único espacio en el que los ciudadanos podían depositar sus esperanzas de protección de los derechos no era ya el de los políticos sino el de los jueces. Lo jurisdiccional se conforma en el único campo desde el que oponerse a unos poderes que ya no encarnan ninguna lógica democrática.

Ello ha alterado la relación entre legislación, jurisdicción y ciudadanía produciéndose una reordenación de funciones entre ellos que ha llevado a los jueces a tener que asumir la función representativa de los ciudadanos a pesar de que su legitimidad no deriva directamente de una investidura procedente de la soberanía popular. Se puede decir que en los jueces se refugia la única democracia posible en el interior del actual sistema institucional neoliberal europeo. Se trata de lo que Maurizio Fioravanti llamó un

---

<sup>7</sup> Sobre ello, vid. A. NOGUERA, “El control de los organismos internacionales de Derechos Humanos sobre las medidas de austeridad anticrisis en Grecia: los pronunciamientos de la OIT y el CEDS durante el periodo 2010-2014”, *Información laboral*, No. 4, 2016, pp.

<sup>8</sup> S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 63-69.

“proceso de disociación entre política y Constitución”<sup>9</sup> que convierte esta última cada vez menos en el resultado de la acción política y más en el de la acción jurisdiccional. Tal reordenación de la relación entre legislación, jurisdicción y ciudadanía otorga a los jueces un papel central, hoy en nuestras sociedades, en la defensa del sistema democrático y de los derechos.

No obstante, si bien han existido tradicionalmente distintos elementos que han dificultado las posibilidades de protección de los derechos sociales por vía judicial, asistimos hoy en día a un cada vez mayor proceso de vaciamiento de funciones de los jueces estatales que lo hacen todavía más difícil, inhabilitando las pocas garantías judiciales que existían para la protección de derechos sociales.

Tradicionalmente, ha sido comúnmente conocido el hecho de que es mucho más fácil, en la práctica, lograr por vía jurisdiccional la protección de un derecho civil o político, que la de un derecho social. Este es un desequilibrio reconocido por el propio Comité de Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), que en su Comentario General no .9 sobre la aplicación en los distintos países del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), reconoce una inferior posibilidad de los ciudadanos de poder reclamar por vía judicial, tanto a nivel internacional como nacional, una efectiva implementación de sus derechos sociales que de sus derechos civiles y políticos<sup>10</sup>. Además, C. Curtis ha señalado también como elementos como la falta de especificación del contenido y alcance de los derechos sociales, los límites procesales e inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para proteger los derechos sociales o la falta de tradición en la protección jurídica de los derechos sociales, han limitado y dificultado, históricamente, la justiciabilidad de estos derechos.

A todo esto se le suman ahora nuevas dificultades. La evolución de la mundialización capitalista ha ido de la mano con un vaciamiento del poder de los jueces estatales y la expansión de los llamados mecanismos de solución de controversias inversor-Estado (conocidos como ISDS, por sus siglas en inglés). Concebidos inicialmente para dirimir conflictos bien entre estados o bien de Derecho Privado nacional e internacional entre particulares, fueron ampliando su jurisdicción a los conflictos entre estados y particulares. En este último caso, primero, solo se ocuparon de las controversias surgidas en la interpretación y aplicación de contratos y, luego, se extendieron a la responsabilidad extracontractual de Derecho Privado hasta alcanzar la esfera del Derecho Público<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> M. FIORAVANTI, “Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione”, en *Il valore della Costituzione. L’esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Bari, 2009, p. 32.

<sup>10</sup> Vid. UN Doc.E/C.12/1998/24,#10.

<sup>11</sup> A. TEITELBAUM, “Tribunales de arbitraje internacional”, en J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, E. GONZÁLEZ y P. RAMIRO (eds.), *Diccionario crítico de empresas transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones*, Icaria, Barcelona, 2012.

Como señalan Juan Hernández Zubizarreta y Pedro Ramiro<sup>12</sup>, se trata, en la práctica, de tribunales privados conformados por abogados de bufetes vinculados a las empresas, que se sitúan por encima de los propios Estados y permiten a las empresas transnacionales denunciarlos cuando sus negocios puedan verse afectados. En esta justicia privatizada, son las transnacionales las que demandan a los Estados, nunca al revés, y eligen la jurisdicción, sin necesidad de agotar los recursos internos a nivel nacional. Incluso pueden ser una instancia de apelación a las sentencias de tribunales ordinarios y no cabe recurso al fallo arbitral.

El sometimiento a estos mecanismos de arbitraje forma parte de las obligaciones asumidas en los tratados de protección y promoción de las inversiones, en tratados de libre comercio y en otros similares. De esta manera, los Estados renuncian así a la competencia territorial de los tribunales estatales.

La Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, la corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC, el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, etc. Todos estos tribunales privados se constituyen como una especie de sistema paralelo al poder judicial, favoreciendo a las grandes empresas al margen de los poderes judiciales nacionales e internacionales<sup>13</sup>.

Durante los años ochenta y noventa del siglo pasado, el consenso de Washington llevó a muchos países latinoamericanos a firmar tratados comerciales y acuerdos de protección de inversiones con los países centrales. Ello hizo que cuando alguno de los nuevos gobiernos latinoamericanos ha querido modificar las condiciones de los contratos para favorecer la prestación de derechos sociales en régimen de universalidad, les han interpuesto decenas de demandas ante el CIADI por parte de las empresas transnacionales europeas y estadounidenses<sup>14</sup>. La posible firma del TTIP o del CETA implicaría para los Estados europeos un proceso de privatización de la justicia que debilitaría aún más unas ya de por sí, cuando a los derechos sociales nos referimos, garantías judiciales.

### **3.3. Crisis de la garantía social clásica**

Llamamos garantía social a aquellas formas de auto-protección participativa de derechos que se ejercen directamente y de manera colectiva por la ciudadanía, ya sea de forma organizada o espontánea y circunstancial, fuera de las estructuras organizativas formales. El mecanismo por excelencia de este tipo de garantía ha sido, durante décadas, la huelga.

Diversos factores ponen hoy la eficacia de la huelga en entredicho. La existencia de sociedades terciarizadas donde ya no impera la producción hace que parar ésta última resulte escasamente relevante como arma de negociación. A la vez, la actual integración

---

<sup>12</sup> J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA y P. RAMIRO, Tribunales de arbitraje: el TTIP y la privatización de la justicia, Attac Aragón, 2015 (<http://www.aragon.attac.es/2015/06/30/tribunales-de-arbitraje-el-ttip-y-la-privatizacion-de-la-justicia/>).

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid.

global de los procesos productivos y comerciales contribuye también a vaciar la eficacia de la huelga. Ello puede verse claramente con un ejemplo: trabajadores de una fábrica, perteneciente a una empresa transnacional de coches, donde se produce el modelo X, empiezan una huelga para exigir mejoras salariales. Al iniciarse la huelga, la empresa transnacional paga horas extras a los trabajadores de su fábrica en otro país de la periferia donde se fabrica el mismo modelo X, recuperando así la producción que pierde en el primer país. Después de días o meses de huelga, lucha y renuncia de salario los trabajadores del primer país, deberán volver al trabajo sin conseguir sus objetivos.

#### **4. Hacia un nuevo paradigma constitucional garantista y una redefinición de las prácticas de garantía de los derechos**

No sabemos muy bien hacia donde se dirige el capitalismo, aunque si sabemos dos cosas. La primera es que el capitalismo de mañana será peor que el de hoy. Y la segunda, que el capitalismo actual y de las próximas décadas continuará siendo un capitalismo globalizado caracterizado por: la pérdida de capacidad para impulsar y mantener el crecimiento; dificultades para encontrar un nuevo motor de acumulación. No hay hoy una rama económica como fue el ferrocarril en el s. XIX o la industria automotriz en el s. XX, capaz de teñir todas las demás y llevarlas hacia adelante; una decreciente capacidad de conversión del dinero en capital. El estallido de la burbuja inmobiliaria implica que sea cada vez más difícil para los agentes financieros derivar la gran cantidad de capital ficticio hacia sectores económicos reales; la decreciente capacidad de asalarización o de generación de empleo; y, el agotamiento de las fuentes energéticas básicas para cualquier modelo de producción industrial<sup>15</sup>.

Ello crea una coyuntura donde las hasta ahora garantías normativas, judiciales y social de los derechos sociales no van a poder volver a ser eficaces y nos obliga a repensar nuevas prácticas de garantía de los derechos sociales adecuadas a los nuevos tiempos.

Estas nuevas prácticas deben ser capaces de dejar de poner el centro de atención, única y exclusivamente, en el Estado-nación para empezar a empoderar el espacio internacional y comunitario.

##### **4.1. La propuesta de retorno a lo nacional: la utopía regresiva**

Son distintas las posturas, tanto desde el euroescepticismo nacional-conservador como desde la izquierda jacobina, que plantean la recuperación de las garantías de los derechos desde la exaltación de lo nacional. Se asocia el re-empoderamiento del Estado-nación y recuperación de la soberanía nacional, frente a la UE, como una nueva reubicación de la vieja Constitución del Estado social como fuente jurídica por excelencia en el interior del territorio estatal, produciéndose con ello una supuesta reconstrucción y fortalecimiento de los derechos constitucionales y del paradigma

---

<sup>15</sup> A. PIQUERAS, *La opción reformista: entre el despotismo y la revolución*, Anthropos, Madrid, 2014, pp. 141-150.

garantista. Este es un relato de los derechos formulado de manera nostálgica como utopía regresiva, como un retorno al pasado para recuperar los viejos derechos, garantías y tutelas perdidas del Estado social de la segunda mitad del s. XX, reconstruyendo un modelo de generación de igualdad estructurado alrededor de: 1. Los derechos perdidos o en regresión; 2. Una *soberanía* nacional centralizada o espacio centralizado de justiciabilidad de los derechos; y, 2. Una *ciudadanía* nacional única.

Ninguna de las dos formas de generación de igualdad del s. XX atravesadas por estas características (viejos derechos, soberanía centralizada y ciudadanía única): el Estado social ni el socialismo real; son reeditables hoy en la actual fase de capitalismo.

No es posible reeditar, ni en el modelo keynesiano de constitucionalismo social donde se conjugaba el crecimiento económico con la actividad jurídico-legislativa de los partidos socialdemócratas en el interior del Parlamento para redistribuir parte del excedente mediante inversión en procesos de reproducción social ampliada, tanto en términos extensivos como cualitativos, estos es, educación, salud, vivienda, seguridad social.

Ni el modelo leninista de transición hacia un Estado socialista y el constitucionalismo socialista del s. XX que, a partir de la planificación centralizada dirigida por el partido único, perseguía desarrollar la base material y técnica para asegurar la producción y distribución de bienes y servicios suficientes para cubrir las necesidades a todos los ciudadanos y alcanzar la desaparición de las contradicciones sociales, económicas y culturales.

No existen hoy ni los grandes sujetos históricos ni la forma de capitalismo adecuada, ni las condiciones económicas para poder implementar ninguno de estos dos modelos generadores, anteriormente, de igualdad.

Un nuevo paradigma constitucional de garantía de los derechos debe caracterizarse por un nuevo relato de los derechos, soberanías descentralizadas y la imbricación de tres formas de ciudadanía.

#### **4.2. El nuevo paradigma constitucional: nuevo relato de los derechos y nuevas prácticas de garantía**

El relato de los derechos no puede formularse de manera nostálgica como una utopía regresiva, como un retorno al pasado para recuperar los viejos derechos, garantías y tutelas perdidas. El relato de los derechos hoy debe tener en cuenta las transformaciones de los tiempos y del sujeto histórico para diseñar una nueva edad o época de los derechos.

Stefano Rodotà<sup>16</sup> señala los diversos elementos que obligan a una reconfiguración del relato de los derechos adaptada a los tiempos actuales:

Por un lado, los cambios en las dinámicas sociales, culturales y tecnológicas que han modificado de manera radical los lugares, principios y distinciones tradicionales sobre

---

<sup>16</sup> S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, Ob. Cit., pp. 47-103.

los que se sostenían los derechos: nacional/global, público/privado, individual/social, identidad/alteridad, interno/externo, real/virtual<sup>17</sup>.

Por otro lado, las pacíficas revoluciones de las últimas décadas (de las mujeres, de los ecologistas, del colectivo LGTBI, de la ciencia y de la técnica, etc.) nos ponen frente a una gran expansión de la categoría de derechos, a una prolongación de su catálogo<sup>18</sup>. Junto a los derechos de los individuos aparecen con fuerza creciente los grandes derechos colectivos y con ellos, nuevos sujetos a los que hacer referencia. Aquí el catálogo se enriquece con inéditas novedades<sup>19</sup>.

Todos estos cambios imposibilitan una restauración de los viejos derechos y exigen una reconsideración acerca del modo de inscribir los derechos en un contexto tan profundamente cambiado. Se requiere la reconstrucción de un núcleo fuerte de derechos de la persona o núcleo esencial de dignidad a reivindicar, que esté históricamente adaptado a nuestro milenio y su época. Sin embargo, la relación entre viejos y nuevos derechos no es de sustitución, como si los viejos tuvieran que desaparecer para dejar campo libre a los nuevos, sino de complementación y acumulación, lo viejo y lo nuevo se funden para crear un nuevo núcleo esencial de dignidad. El nuevo relato de los derechos mira a una persona situada en su tiempo y en su condición concreta, pero sin olvidar su historia<sup>20</sup>.

A la vez, la adaptación del relato de los derechos a los nuevos tiempos debe ir también, necesariamente, de la mano de una reconfiguración y adaptación de las prácticas de garantía de los derechos. El fin del crecimiento y la entrada del capitalismo en su fase degenerativa está determinando una reducción en las asignaciones presupuestarias de los derechos para todos o para determinadas categorías de ciudadanos. La estructura administrativa del Estado-nación, como instancia en la frontera entre derechos y sociedad encargada, en el modelo tradicional del Estado social, de la tutela y garantía de los primeros, está debilitándose enormemente, lo que supone una incapacidad cada vez mayor del Estado-nación de recobrar una función de tutela y garantía de los derechos en el sentido técnico-administrativo y vertical de implementación de políticas públicas.

---

<sup>17</sup> Asistimos, por ejemplo, a la apertura de nuevos espacios virtuales de violación y protección de derechos. A la necesidad, con el auge de la emigración fruto de la globalización, de redefinir el principio de universalidad de los derechos, debiéndose entender ya no como la abstracción de las declaraciones clásicas de derechos sino en la concreción de los itinerarios de vida de los emigrantes. O al paso de viejos tiempos donde el derecho de asilo era casi siempre político y reconocido en exclusiva a una élite intelectual, a una nueva época donde este se convierte en un fenómeno de masas que lleva las razones del refugio más allá de ese elenco de causas recogido en la Convención de la ONU, en el estatuto del refugiado de 1951, que habla de “justificado temor de ser perseguido por su raza, su religión, su ciudadanía, su pertenencia a un determinado grupo social o sus opiniones políticas”.

<sup>18</sup> Ibid. p. 75.

<sup>19</sup> Encontramos, entre otros, el derecho al conocimiento que pone en tela de juicio la lógica propietaria, el copyright y los derechos de autor, tanto si se trata de asegurar medicinas a la población de África como de descargar libremente música en internet. O el derecho a la gestión comunitaria de recursos y servicios públicos frente a las nuevas formas de discriminación ciudadana que la gestión privada de los mismos implica. Todos estos son derechos que se oponen con fuerza al orden y a las lógicas dominantes, que se proyectan hacia el futuro y en los que late una voluntad de rediseñar las coordenadas del sistema de relaciones sociales. Marcan la necesidad de crear espacios y bienes comunes a los que todos puedan acceder libremente incidiendo en el tema de las modalidades de distribución de bienes (Ibid. 82).

<sup>20</sup> Ibid. p. 73.

Las prácticas de garantía de los derechos sociales sólo pueden realizarse, actualmente, desde una forma de constitucionalismo con formas de soberanía descentralizada o múltiples espacios de justiciabilidad de los derechos, de lo que derive una imbricación de tres formas de ciudadanía (comunitaria o desde abajo, estatal e internacional).

*a) Ciudadanía comunitaria o desde abajo*

Durante décadas y en muchos países latinoamericanos, la autogestión comunitaria ha operado para grupos sociales en zonas urbanas o periurbanas como una vía alternativa de acceso a la ciudadanía social por canales distintos a los estatales, de los que están excluidos, y por tanto, como vía de inclusión en la sociedad. En situaciones de falta de recursos económicos y de no intervención estatal para garantizar derechos sociales, la ocupación de viviendas donde vivir, la construcción comunitaria de estanques de agua y la instalación de tuberías para que esta llegue a los domicilios, el tiraje de cables para garantizar el acceso de luz a las viviendas o la creación de bolsas comunitarias de material escolar, constituyen prácticas organizativas de autogestión que buscan la inclusión social de sus participantes en la sociedad. Se trata de la única manera que muchos de estos vecinos tienen para apropiarse por ellos mismos de la ciudadanía que les niega el Estado.

Ante el actual escenario de capitalismo degenerativo y de un Estado en crisis cada vez más incapaz de garantizar gran parte de los derechos sociales, la estructuración o construcción constitucionalizada de formas de autogestión comunitaria se conforma como una manera de asegurar que muchos grupos sociales puedan justiciabilizar, en las sociedades de las próximas décadas, sus derechos sociales (vivienda, tierra, alimentos, cultura, etc.).

La construcción constitucional de formas de autogestión comunitaria para la garantía de derechos requiere:

i) Un reconocimiento constitucional de los distintos tipos, formales o informales, de organización de la sociedad que puedan aparecer como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación y auto-ejecución de derechos, siempre y cuando se organicen de manera autogestionaria y democrática. A la vez, teniendo en cuenta que la auto-ejecución de determinados derechos puede, en más de una ocasión, entrar en conflicto con otros derechos (toma de tierras, ocupación de viviendas vacías propiedad de bancos, etc.) deberían fijarse también las condiciones para la legitimidad de la auto-ejecución, entre ellas: i) el deber de obedecer deberes morales básicos de respeto y reciprocidad; ii) la existencia de un vínculo entre las acciones que se realizan y las desventajas que se sufren; y, iii) que la auto-ejecutibilidad de un derecho no pueda vulnerar otros derechos o intereses que son considerados más importantes en el interior de la comunidad. La auto-ejecutibilidad de un derecho no puede implicar violaciones de derechos más graves que aquellas que se pretenden remediar. En el caso de tratarse de derechos con igual estatus, la afectación causada por el ejercicio de uno, no debe ser más grave que aquella que se pretenda remediar.

ii) El establecimiento de un principio dispositivo que permita a las distintas formas de organización colectiva de la sociedad y cooperativas en todas sus formas, la asunción de facultades decisorias, de gestión, implementación y control de políticas pública en determinadas competencias tradicionalmente asumidas por el Estado. En consecuencia, las competencias no se descentralizan a la estructura estatal descentralizada sino directamente al pueblo para su auto-organización y autogestión. Se establece por tanto, en el texto constitucional, las bases de un proceso mediante el cual las competencias estatales y el mercado son absorbidas por una red de micro-sujetos colectivos de base comunitaria y autogestionaria. Para ello se vuelve indispensable la nacionalización y creación de una banca pública que puede dar créditos, ventajas fiscales, tecnología, apertura de mercados, etc. a las nacientes formas de autogestión comunitaria.

iii) A la vez, ello debe acompañarse del reconocimiento de competencias y de acciones procesales que permitan la penetración de lo colectivo en el sistema judicial para su autodefensa. Por ejemplo, mediante la legitimidad activa colectiva y el establecimiento de acciones colectivas para la defensa jurisdiccional de los derechos.

La constitucionalización de estos elementos crea una idea de ciudadanía que va más allá de su concepción liberal como portadora homogeneizadora de derechos intermediados por el Estado, creando nuevas formas de ejercicio y discursos distintos de ser ciudadano, nuevas construcciones distintas de acceso a la ciudadanía a la que algunos han llamado “ciudadanías desde abajo”. No cabe duda que, en las sociedades del futuro inmediato, la autogestión comunitaria constituirá un campo fundamental de inclusión en la(s) ciudadanía(s).

#### *b) Ciudadanía estatal*

De manera paralela a la autogestión comunitaria, existen determinados sectores estratégicos y servicios básicos (comunicaciones, energía, educación, sanidad, etc.) que sólo pueden ser prestados por la estructura estatal. Un nuevo paradigma constitucional garantista debería apostar porqué estos sectores y servicios sean administrados y prestados, en régimen de monopolio y de acuerdo con el principio de universalidad, por el Estado. Para su ejecución, el texto constitucional, en sus disposiciones transitorias, debería fijar un plazo a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, en el interior del cual las privatizaciones o concesiones a empresas privadas de sectores estratégicos y/o servicios básicos sean auditadas financiera, jurídica, ambiental y socialmente. Con ello, el Estado debería definir la vigencia, renegociación y, en su caso, terminación o nacionalización de los contratos de concesión o sectores privatizados, de acuerdo con lo establecido en la Constitución y el resultado de las auditorías. A la vez, se puede incorporar mediante disposiciones transitorias del texto constitucional, la condonación de las deudas que, en el marco de estos sectores estratégicos o servicios básicos, hayan contraído hasta la entrada en vigor de la Constitución, usuarios en situación de pobreza.

A la vez, en la esfera de las garantías o recursos jurisdiccionales, un nuevo constitucionalismo debería incorporar a nuestra tradición jurídica muchas reformas y novedades jurisdiccionales. Podemos hacer referencia a dos tipos de novedades.

Una en materia de los sujetos con legitimidad activa para exigir jurisdiccionalmente los derechos. Esto es, una sustitución de una concepción de las relaciones sociales basada en la idea civilista clásica del “*hombre contra hombre*” por otra basada en la del “*hombre más hombre*”, lo que implica cambios en los sujetos o partes litigantes de referencia<sup>21</sup>.

La otra es la de democratización de acciones jurisdiccionales ya existentes, como el recurso de inconstitucionalidad, permitiendo la activación ciudadana del mismo, y la introducción de nuevas acciones jurisdiccionales populares.

Estas novedades podrían aportar la creación de nuevos instrumentos populares para la defensa de derechos.

### *c) Ciudadanía internacional*

La conformación de esta ciudadanía internacional no liquidaría el constitucionalismo estatal ni los elementos clásicos del Estado constitucional, sino que debe poner en marcha una nueva idea del Derecho que permita la posibilidad de solapamientos e interacciones entre diversos sistemas e instancias legales de protección de derechos, en cooperación entre ellos y sin que ello tenga que suponer ninguna subordinación de uno frente a otro<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Hay que partir de la idea de que del Derecho Civil y sus formas procesales tienen su origen en el s. XIX en el marco de una concepción atomista de las relaciones sociales donde los individuos se concebían como un conjunto de piezas autónomas y aisladas con interés propio e individual que actuaban como meros intercambiadores en el mercado. En este contexto, cualquier delimitación del contenido de su interés se resolvía en el marco de un juicio de “hombre contra hombre” donde ambos se encontraban en una supuesta situación de igualdad jurídica plena.

Por esta razón, los mecanismos procesales tipo creados dentro de los paradigmas del derecho de propiedad del s. XIX fueron elaborados pensando en juicios bilaterales entre dos partes individuales en situación de igualdad como parte o sujeto litigante de referencia.

Sin embargo, es necesario que ante las nuevas situaciones de precariedad la manera que los sectores populares tienen para satisfacer sus intereses personales no es la vía individual del “hombre contra hombre” pues no estarán nunca en una situación de plena igualdad jurídica real con los poderosos, sino que es optar por su conformación en sujetos colectivos, por la vía de la organización comunitaria o del “hombre más hombre”, que es la que puede situarlos colectivamente en condiciones de igualdad para enfrentar jurídicamente con viabilidad y posibilidades de éxito a los sectores más poderosos. Ello hace que, cada vez más, las partes litigantes ya no sólo sean sujetos individuales, juicios entre individuos, sino también sujetos colectivos (asambleas de vecinos, comunidades de pescadores, comisiones de barrio, grupos de consumidores, etc.), lo que supone, la necesidad de introducir novedades y cambios en las partes o sujetos litigantes de referencia previstos.

<sup>22</sup> Se trataría de una posición intermedia o conciliadora entre la doctrina dualista, inspirada en la vieja doctrina de H. Triepel y D. Anzilotti, orientadas en el sentido de la co-existencia separada del derecho internacional con el derecho interno, y según la cual el derecho internacional para poder generar derechos y obligaciones a los ciudadanos nacionales requeriría, necesariamente, de un acto especial para ser incorporado al derecho interno (H. TRIEPEL, *Droit international et droit Interne*, París, Oxford, 1920, p. 110). Y, la doctrina monista de la unidad del derecho y de la primacía del derecho internacional frente al derecho interno de los Estados, construida por H. Kelsen (*Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1969), la que establece que el derecho internacional preside una concepción unitaria de todo el Derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos

La garantía de los derechos laborales o medioambientales sólo es posible hoy si se combinan legislaciones nacionales garantistas con la existencia de tratados e instancias jurisdiccionales internacionales como podría ser, por ejemplo, un Tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales, que incorporase un órgano jurisdiccional internacional encargado de hacerlo efectivo.

Ello serviría para superar muchos de los límites actuales. Se dan, hoy en día, problemas como el de que la única vía para exigir responsabilidad por violación de derecho a una empresa es la vía de la jurisdicción interna de los Estados. Ello supone límites como el hecho de que, en el caso de las empresas transnacionales, al ser consideradas personas jurídicas diferentes, las sociedades matriz (salvo en los casos de corresponsabilidad expresamente previstos por la legislación) no son responsables, en principio, de los actos ilícitos cometidos por una filial en otro país, aunque ésta sea la única accionista, salvo si puede considerarse a la filial un simple agente. De igual manera, la compra de servicios y bienes a los proveedores de otros países, aunque sean exclusivos, se considera una operación entre partes no asociadas. Por lo tanto, es, actualmente, muy difícil en el plano jurídico lograr que la empresa transnacional en su globalidad rinda cuentas y repare los daños resultantes de la violación de los derechos humanos, con más razón aún si aquéllos se han cometido el extranjero<sup>23</sup>

Este tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales debería incorporar tres aspectos fundamentales:

Primero, debería establecerse el carácter obligatorio de la jurisdicción del tribunal u órgano jurisdiccional internacional que establezca el tratado, superando el esquema de los procedimientos arbitrales y el reconocimiento previo por parte de los Estados.

Segundo, debería vincularse la legitimación activa ante este órgano jurisdiccional o tribunal internacional al principio de personalidad y no al principio de territorialidad. Esto es, garantizar que no sólo los particulares nacionales de los Estados firmantes del tratado en cuestión, sino cualquier persona, independientemente de donde viva, pueda iniciar un proceso judicial ante el órgano jurisdiccional o tribunal internacional contra un actor privado nacional de un Estado firmante que le haya vulnerado un derecho. Ello tiene especial sentido, por ejemplo, para el caso de trabajadores de filiales de empresas transnacionales en terceros países no firmantes del tratado internacional de control sobre empresas, firmado por el Estado originario de la empresa.

Y, tercero, la ampliación de la legitimación pasiva al Estado anfitrión, al Estado de origen y a los directivos de la empresa. En cuanto a la responsabilidad del Estado anfitrión, todos los Estados tienen el derecho soberano de garantizar el acceso a su territorio a compañías extranjeras que quieran invertir en el país. El establecimiento de

---

de los Estados. Esta posición intermedia, debería ser una posición coordinadora o conciliadora basada en la unificación de ambas ramas jurídicas (nacional-internacional) en un sólo sistema, diferenciándose del monismo en que las relaciones entre las dos normas son de coordinación y no de subordinación. Ello haría que el derecho internacional y el derecho interno interactúen, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de los derechos.

<sup>23</sup> I. DAUGAREILH, "Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, No. 27, 2009, p. 82.

una corporación extranjera en el territorio nacional debe ocurrir y regirse de acuerdo con las leyes nacionales del país en cuestión. Por tanto, parece claro que en los casos en que una compañía opere en un Estado determinado vulnerando sistemáticamente los derechos laborales de los trabajadores o los derechos de las mujeres, entre otros, con la total connivencia de las autoridades y la ley estatal, debe existir algún tipo de responsabilidad internacional para este Estado anfitrión.

Asimismo, deberíamos también, poder hablar de una responsabilidad del Estado de origen de la empresa transnacional, sobre la base de una teoría de control efectivo sobre la red transnacional de actividades de una corporación. Los Estados tienen la obligación de respetar los derechos humanos. Si bien es cierto que esta obligación, es una obligación principalmente territorial, también es cierto e indiscutible que bajo los tratados internacionales de derechos humanos, la responsabilidad de proteger tales derechos se extiende también a actividades fuera de su territorio, siempre y cuando el Estado tenga jurisdicción sobre el actor o la conducta en cuestión<sup>24</sup>. Esto puede sustentar el argumento de que, hoy, existen bases legales y racionales para el desarrollo de una teoría de la responsabilidad de los Estados de origen de las empresas transnacionales. En general, esta teoría puede ser formulada de la siguiente manera: el Estado es responsable de su debido fracaso en actuar con la debida diligencia con respecto a la conducta de las empresas transnacionales en su territorio, cuando esta conducta está causando o pueda causar violación de derechos humanos en un país extranjero donde la corporación está haciendo negocios a través de sus subsidiarias, y cuando el Estado de origen tiene suficiente conocimiento de que tal conducta puede causar violación de derechos humanos en el extranjero, y tiene los medios legales y técnicos para tomar acciones preventivas para evitarlo. Los Estados de origen se encuentran estrechamente vinculados a la actividad de las empresas transnacionales, en tanto ellos se benefician de las operaciones de estas empresas a lo largo y ancho del mundo a través de los ingresos por impuestos y el incremento de la riqueza de sus ciudadanos. Además las empresas financian y controlan la mayor parte de la investigación de estos países, que es el motor de la innovación tecnológica y el crecimiento económico de los mismos.

A la vez, conjuntamente con estas medidas debería procederse, también, a una ampliación de la legitimidad pasiva sobre los terceros privados. Ello permitirá abrir las puertas para que la responsabilidad individual pueda también surgir bajo la ley internacional por violación de determinadas obligaciones. Y, por tanto, permitiría exigir, también, responsabilidad individual a los directores de las empresas transnacionales que han ordenado o no han, negligentemente, tomado las medidas necesarias para impedir

---

<sup>24</sup> Este es un principio aceptado en el art. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), o en el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Además, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos del PIDCP han confirmado a través de su jurisprudencia que, en ciertas ocasiones, los Estados parte del convenio son responsables de violaciones de derechos humanos que tienen lugar en el extranjero [Caso Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay, Comunicación Núm. 56/1979, UN Doc.CCPR/C/OP/1 a 92 (1984); Caso Loizidou v. Turquía 15318/89, 1995 ECHR (13 de marzo 1995)].

alguna violación seria de derechos humanos. Así como, construir una teoría de la responsabilidad jurídica de las corporaciones transnacionales en virtud del derecho internacional público.

La idea de responsabilidad individual de los individuos por actos contrarios al derecho internacional no es nueva. Viene ya del siglo XX, con la Carta de Nuremberg y los juicios por parte del Tribunal Militar Internacional contra los responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad. Hoy esta idea se ha consolidado en el derecho internacional a través de la creación, primero de tribunales internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia (ICTY) y Ruanda (ICTR) y después con el establecimiento de la Corte Penal Internacional. En consecuencia, si los individuos pertenecientes a las fuerzas armadas, policía, movimientos de liberación nacional u otros grupos militares o para-militares organizados, pueden incurrir en responsabilidad internacional por violación de determinados derechos humanos, porque no puede también incurrir en ella los responsables de corporaciones económicas transnacionales que llevan a cabo violaciones de derechos humanos?

Paralelamente, la ampliación de la legitimidad pasiva a los particulares, permitiría establecer las bases para la construcción de una teoría de la responsabilidad jurídica de las corporaciones en virtud del derecho internacional público. Desde el punto de vista jurídico, las corporaciones económicas no poseen personalidad legal internacional y por tanto, las normas internacionales de derechos humanos no pueden dirigirse directamente a ellas, ni tampoco se les puede exigir responsabilidad internacional por la infracción de las mismas<sup>25</sup>.

Ello refleja la realidad de un sistema legal internacional todavía basado en Estados soberanos. Las empresas, extremadamente poderosas, son irresponsables desde el punto de vista jurídico, salvo en algunos países, donde se permite que un tribunal nacional acuerde una aplicación extraterritorial de la ley nacional del país de origen de la empresa<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Sobre ello, vid. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, Paris, 1995, p. 354; Ph. Le TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXIème siècle*, Dalloz-Dunod, Paris, 2000, p. 4; M. Trigeaud, *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, éd. Brière, Bordeaux, 1995, pp. 210 y 458.

<sup>26</sup> En Estados Unidos, por ejemplo, este tipo de reclamos han sido posibles a través del funcionamiento de la Ley de demandas de partes contratantes extranjeras (Alien Tort Claims Act) de 1789, que dio jurisdicción a las cortes federales para oír las demandas de las partes contratantes para alegar violaciones extraterritoriales de la ley norteamericana por parte de empresas de este país. En el caso "Doe v. Unocal" (Doe v. Unocal, 963 F. Supp. 880 U.S.; 110 F. Supp. 2d 1294 (C.D. Cal. 2000), Aff'd. 248 F.3d 915 (9th Cir. 2001)), ciudadanos de Myanmar demandaron una corporación multinacional norteamericana bajo este estatuto para obtener reparación por un conjunto de abusos sobre derechos humanos presuntamente cometidos por el acusado en Myanmar en el curso de la realización de un proyecto de petróleo y gas y que supuso la reubicación forzosa de personas, el trabajo obligatorio y la tortura. Expandiendo la anterior jurisprudencia que había empezado con la decisión histórica en el caso "Filartiga v. Pena Irala" (Filartiga v. Pena-Irada, United States Court of Appeals, Second Circuit, 1980, 630 F.2d 876), la Corte declaró que las empresas multinacionales norteamericanas, con sus operaciones extranjeras, también son capaces de violar las normas del derecho nacional, incluyendo normas de derechos humanos, y por tanto, de ser jurídicamente responsables.

En Bélgica, la Ley de Competencia Universal ideó otro mecanismo que permitía que un tribunal belga conociese de cualquier violación de los derechos humanos dondequiera que ésta se hubiera cometido, y

Parece claro, entonces, que la plena protección y garantía de los derechos laborales o medioambientales en el mundo actual de economía globalizada, no puede lograrse desde el cierre de fronteras y reclusión nacional de las instituciones de garantía, sino sólo desde la complementación y coordinación de sistemas legales de protección de derechos estatales e internacionales.

## 5. Conclusiones

La crisis de las garantías normativas, judiciales y sociales de los derechos sociales derivada de las transformaciones político-económicas ocurridas en nuestras sociedades desplaza la protección de riesgos del Estado a los particulares, con lo que los fenómenos de pobreza y exclusión crecen, derivándose una crisis de la igualdad como garantía real de bienestar, es decir, como concepto normativo o como conjunto específico de instituciones, políticas o estructuras sociales, como fenómeno económico y social.

Tal coyuntura obliga a pensar y poner en práctica, por un lado, una reconfiguración del relato de los derechos adaptada a los cambios en las dinámicas sociales, culturales y tecnológicas que han modificado de manera radical los lugares, principios y distinciones tradicionales sobre los que se sostenían los derechos, y que incorpore las nuevas categorías de derechos que emergen de las pacíficas revoluciones de las últimas décadas (de las mujeres, de los ecologistas, del colectivo LGTBI, de la ciencia y de la técnica, etc.).

Y por otro lado, se requieren también nuevas prácticas de garantía de los derechos sociales que dejen atrás las viejas formas de generación de igualdad atravesadas por una soberanía centralizada y ciudadanía única, y sean sustituidas por un nuevo paradigma constitucional con formas de soberanía descentralizada o múltiples espacios de justiciabilidad de los derechos, de lo que derive una imbricación de tres formas de ciudadanía (comunitaria o desde abajo, estatal e internacional).

## 6. Bibliografía

---

con independencia de quiénes fueran los autores y las víctimas. Esta ley fue reformada y más tarde abolida en 2003 por razones políticas y diplomáticas (A. Bailleux, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau: de l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, éd. Bruylant, Paris, 2005). O, en Francia, puede recurrirse a un tribunal francés por un hecho cometido en el extranjero en virtud del privilegio de nacionalidad del autor o de la víctima. Así, una víctima puede llevar ante un tribunal francés al autor (persona física o jurídica) de un delito o falta o de un daño cometido en el extranjero. Esta regla es válida tanto en derecho penal (art. L.113.6 y L.113.7 del Código penal) como en derecho civil (art.15 del Código civil y 42 del Código de Enjuiciamiento Civil y Reglamento de «Bruselas I»). Aunque “los hechos deben estar castigados en la legislación del país donde se han cometido”, lo que no siempre ocurre. Y “el procedimiento relativo a los delitos sólo puede entablarse a solicitud del Ministerio Público” según el art. 113.8 del Código Penal. Un conjunto de condiciones que por el momento han impedido que las demandas presentadas en Francia contra multinacionales francesas hayan dado lugar a los resultados esperados (W. Bourdon, “Entreprises multinationales, lois extraterritoriales et droit international de droits de l’homme”, *Revue de sciences criminelles*, 2005, pp. 747-753).

- AMIN, PALLOIX, EMMANUEL y BETTELHEIM, *Imperialismo y comercio internacional (el intercambio desigual)*, Cuadernos de pasado y presente, Siglo XXI, Madrid, 1973.
- BAILLEUX, A. *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau: de l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, éd. Bruylant, Paris, 2005.
- BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- BOURDON, W. "Entreprises multinationales, lois extraterritoriales et droit international de droits de l'homme", *Revue de sciences criminelles*, 2005.
- COURTIS, C. "Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America", en R. GARGARELLA, P. DOMINGO y T. ROUX (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Ashgate, Aldershot, 2006.
- DAUGAREILH, I. "Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, No. 27, 2009.
- FIORAVANTI, M. "Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione", en *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Bari, 2009.
- FOHSTHOFF, E. *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Königsberger Rechtswissenschaftliche Forschungen, Stuttgart, 1938.
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J. y P. RAMIRO, *Tribunales de arbitraje: el TTIP y la privatización de la justicia*, Attac Aragón, 2015.
- KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1969.
- LENSKI, G. *Power and Privilege, a Theory of Social Stratification*, McGraw Hill, Nueva York, 1966.1.
- MAESTRO, G. "El vínculo presupuestario comunitario y los derechos sociales", *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 64, 2002.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. "La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de "daseinsvorsorge"", *Revista de Administración Pública*, Núm. 38, Madrid, 1962.
- NOGUERA, A. "El control de los organismos internacionales de Derechos Humanos sobre las medidas de austeridad anticrisis en Grecia: los pronunciamientos de la OIT y el CEDS durante el periodo 2010-2014", *Información laboral*, No. 4, 2016.
- PIQUERAS, A. *La opción reformista: entre el despotismo y la revolución*, Anthropos, Madrid, 2014.
- RIPERT, G. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, Paris, 1995.
- RODOTÀ, S. *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014.
- TEITELBAUM, A. "Tribunales de arbitraje internacional", en J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, E. GONZÁLEZ y P. RAMIRO (eds.), *Diccionario crítico de empresas transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones*, Icaria, Barcelona, 2012.
- TOURNEAU, Ph. *L'éthique des affaires et du management au XXIème siècle*, Dalloz-Dunod, París, 2000.

- TRIEPEL, H. *Droit international et droit Interne*, París, Oxford, 1920.
- TRIGEAUD, M. *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, éd. Brière, Bordeaux, 1995.