

# LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN ASIA DEL SUR. EL CASO DE SRI LANKA\*

*THE CONSTITUTIONALISATION OF SOCIO-ECONOMIC  
RIGHTS IN SOUTH ASIA: THE CASE OF SRI LANKA*

Asanga Welikala\*\*

## **Resumen**

Actualmente, Sri Lanka experimenta un proceso constituyente para la adopción de una nueva Constitución. En el marco de dicho proceso, el debate en torno a la constitucionalización y justiciabilidad de los derechos sociales no se ha hecho esperar. Del lado de quienes sostienen la necesidad de reconocer constitucionalmente dichos derechos se encuentra una visión fuertemente vinculada con una perspectiva legal del constitucionalismo que deja de lado consideraciones importantes sobre la posibilidad de adoptar esquemas constitucionales diversos, que refuercen y valoren los procesos políticos existentes. El presente texto ofrece algunos argumentos críticos que apuntan a la necesidad de considerar que, al menos en Sri Lanka, la constitucionalización de los derechos sociales, y su consiguiente justiciabilidad, no representa un fenómeno necesario, adecuado ni mucho menos deseable.

---

\* Traducción de Daniel Antonio García Huerta. Este artículo se traduce y reproduce con autorización del autor.

\*\* Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Edimburgo y Director en funciones del Centro de Derecho Constitucional de Edimburgo.

**Palabras clave:** Derechos sociales, constitucionalismo legal, constitucionalismo político, función judicial, constitucionalización de derechos sociales, justiciabilidad de derechos sociales, juristocracia.

### **Abstract**

Currently, Sri Lanka faces a constitutional process towards the adoption of a brand new constitution. In such process, debates on the constitutionalisation and judicial enforcement of social rights have emerged. On the side of those who support the need for the constitution to recognise social rights rests a vision strongly linked to a perspective of legal constitutionalism that leaves aside important other constitutional schemes that reinforce and value the existing political processes. This paper offers some critical arguments pointing the need to consider that, at least in the Sri Lanka case, the constitutionalisation of social rights, and its judicial enforcement, is neither necessary nor desirable.

**Keywords:** Social Rights, Legal Constitutionalism, Political Constitutionalism, Judicial Review, Constitutionalisation, Judicial enforcement, Juristocracy.

## **Introducción**

Actualmente, Sri Lanka contempla la posibilidad de adoptar una nueva Constitución con una larga lista de derechos, entre los que se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales. Los debates en torno a la constitucionalización de dichos derechos y a la posibilidad que éstos puedan ser exigibles judicialmente no se han hecho esperar. Tales debates, no obstante, han descansado esencialmente en consideraciones ideológicas. Detrás de las ideas de quienes defienden la constitucionalización de los derechos socioeconómicos (los proponentes), se encuentra una visión socialdemócrata que ve en esta posibilidad un marco para la redistribución de valores y recursos económicos. En cambio, los opositores a dicha propuesta suelen adoptar una visión liberal clásica que ve en su incorporación un pretexto perfecto para que el Estado pueda expandir su umbral de interferencia en los mercados y en la economía.

Comúnmente, quienes defienden la constitucionalización de los derechos sociales sostienen que la influencia del derecho internacional de los derechos humanos resulta una justificación suficiente para incorporarlos en la Constitución. Sin embargo, sus esfuerzos han resultado infructuosos en la medida en que dicho argumento no ha sido capaz de explicar por qué y cómo es que dicho objetivo puede lograrse, sobre todo, si se toman en consideración las circunstancias y condiciones que caracterizan a cada contexto en particular, ni tampoco la manera en que la incorporación de dichos derechos, y su consiguiente judicialización, puede contribuir al aseguramiento de los fines que persiguen.

Esta situación resulta por más insatisfactoria. A menos que un argumento mucho más fuerte y persuasivo sea desarrollado por quienes pugnan por el reconocimiento constitucional de los derechos sociales, existen razones de peso para sostener que la constitucionalización y la judicialización de los derechos económicos sociales y culturales en Sri Lanka no resultan necesarias, ni mucho menos deseables. En este texto presento algunos argumentos para defender esta postura. Comenzaré recapitulando algunas de las ideas de *quienes proponen* respecto a que la Constitución de Sri Lanka reconozca a los derechos sociales como elementos judicializables, y concluiré con algunos puntos que expresan la inoperancia de su posición.

## **1. El argumento de los proponentes**

De acuerdo con los proponentes de la constitucionalización de los derechos sociales, Sri Lanka debe incorporar en su nueva Constitución los estándares más favorables que derivan del derecho internacional de los derechos humanos y, por tanto, reconocer en ella no solo a los derechos civiles y políticos, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo con esta posición, ambas categorías de derechos son reconocidas como universales, indivisibles e interdependientes, por lo que cualquier posible distinción en la Constitución

alejara a Sri Lanka de una corriente internacional ya consolidada. Otro tipo de clasificaciones como las que ubican a los derechos como categorías de primera y segunda generación, o aquellas que los distinguen entre derechos positivos y negativos, tampoco resultan pertinentes.

Según sus argumentos, las demandas socioeconómicas no representan más simples aspiraciones o directrices políticas, por lo que aquellos diseños constitucionales que solían relegar a los derechos sociales como expectativas no justiciables no encuentran mayor asidero en los nuevos esquemas constitucionales. Incluso, en aquellos sistemas con modelos constitucionales clásicos, los tribunales han hallado maneras innovadoras para dotar de eficacia a las obligaciones del Estado en relación con los derechos sociales. De ello se sigue que hoy por hoy los derechos económicos, sociales y culturales son plenamente exigibles y que los Estados tienen a su cargo la obligación inmediata de garantizar, al menos, su mínimo esencial, y de adoptar todas las medidas necesarias, tanto a nivel nacional o internacional, para asegurar su progresiva realización. Asimismo, a la luz de los estándares señalados, el diseño de políticas públicas que promuevan la efectiva implementación de los derechos sociales debe venir acompañada de la consideración de elementos de razonabilidad y proporcionalidad, por lo que la discrecionalidad de autoridades administrativas o judiciales; la referencia a aspiraciones políticas y económicas ambiguas o la protección de intereses privados, no pueden representar una justificación para no garantizar las condiciones básicas de estos derechos.

Señalan que las tendencias del constitucionalismo contemporáneo, a las que las y los constituyentes de Sri Lanka deben ajustarse, reflejan precisamente este tipo de desarrollos, en los que con mucha mayor frecuencia las constituciones actuales incorporan y reconocen los derechos sociales, o se encuentran en proceso de hacerlo. Esta situación marca la pauta para reconocer que los gobiernos no pueden asegurar el cumplimiento de estos derechos a través de medidas o políticas ordinarias, sino que resulta mucho más conveniente reconocerles el

carácter de auténticos derechos constitucionales susceptibles de ser exigidos judicialmente. Ello ha traído como consecuencia que en jurisdicciones en donde los derechos económicos, sociales y culturales no son explícitamente justiciables (como sucede en Sri Lanka), las cortes hayan comenzado a hacer uso de principios como la interdependencia de los derechos civiles y políticos—o de algunos otros principios jurídicos— para dotar de efectividad a las demandas sociales asociadas a este tipo de derechos.

La propuesta refiere que incluso a través de la adjudicación de derechos sociales sobre la base de derechos civiles y políticos, los tribunales suelen adoptar decisiones que implican la disposición de recursos económicos, y que ello no ha derivado en un desequilibrio sistémico, en la usurpación de competencias de otros poderes públicos ni en la desestabilización de procesos democráticos. Por el contrario, la función de los tribunales —especialmente en casos que involucren la determinación de derechos sociales— ha derivado en un efecto disciplinario para la toma democrática de decisiones, de manera que no solo los derechos de los grupos más desaventajados gozan de una mayor protección por parte de los tribunales, sino que, incluso, refuerza la obligación a cargo de las autoridades de justificar sus decisiones de manera más rigurosa y sobre un enfoque de derechos, lo que reduce posibles escenarios de arbitrariedad. Asimismo, y lejos de provocar una desestabilización de los esquemas democráticos, el reconocimiento constitucional de los derechos anima y refuerza las luchas democráticas para la satisfacción de necesidades socioeconómicas.

A juicio de quienes promueven esta visión, la constitucionalización y justiciabilidad de los derechos humanos poseen un potencial para la transformación de políticas clientelares, así como de desigualdades económicas, en una clase de política mucho más responsable, transparente y libre de corrupción que fomenta la redistribución económica y el desarrollo de mayores condiciones de igualdad. De esta manera apuntan que el aparente conflicto entre el Poder Judicial y otras ramas del poder público ha sido comúnmente sobredimensionado,

particularmente en el contexto de la exigencia de los derechos sociales. La formulación en sí misma de los derechos sociales trae como consecuencia el desarrollo inherente de esquemas que equilibran posibles intereses contrastantes, por ejemplo, a través de la operatividad de los principios del máximo uso de los recursos disponibles y del desarrollo progresivo de tales derechos. Así, en jurisdicciones en las que es viable la justiciabilidad de los derechos sociales, los tribunales han desarrollado competencias dialógicas y moderadas con otras ramas del poder público, y han logrado asegurar que los derechos constitucionalmente reconocidos sean protegidos sin vulnerar la separación de poderes.

En el caso de Sri Lanka, todos estos argumentos han servido para apuntalar las recomendaciones hechas por diversos organismos vinculados con la reforma constitucional desde el gobierno de Chandrika Kumaratunga, a través del proyecto de Carta de Derechos del año 2009, hasta los reportes más recientes emitidos por el Comité de Representación Pública; el Subcomité de Derechos Humanos de la Asamblea Constituyente, así como por diversas organizaciones de la sociedad civil, quienes han mostrado una clara oposición a los intentos emprendidos por las élites liberales que buscan rechazar el reconocimiento constitucional de los derechos sociales.

Sin embargo, según los proponentes, los argumentos esbozados por quienes se oponen a esta visión resultan esencialmente erróneos, pues consideran que la mayor parte de ellos descansa sobre exigencias ideológicas sustentadas en un pensamiento económico neoliberal, que no solo atenta contra una perspectiva de justicia social, inclusión y ciudadanía, sino que también se opone abiertamente a las posibilidades de garantizar una justicia redistributiva. Sostienen que, por un lado, tales argumentos intentan preservar un injusto *statu quo* desigual de relaciones de clase y proteger intereses particulares por encima de intereses colectivos, mientras que, por otro, muchos de ellos reflejan un pensamiento jurídico desactualizado que continúa diferenciando entre derechos civiles y

derechos sociales, que privilegia a los primeros. En cualquier caso, afirman que esta distinción resulta espuria y reproduce esquemas de injusticia, en la medida en que una ciudadanía sustentada en los derechos humanos requiere del aseguramiento efectivo de ambos derechos.

De igual forma, resultan exagerados, si no es que equivocados, los argumentos asociados a la preocupación de que los tribunales se inmiscuyan en asuntos complejos de política pública, y a las dudas de que estos representen foros legítimos para la resolución de diferencias democráticas, sociales y morales. Para quienes defienden la constitucionalización de los derechos sociales, este proceso representa un aspecto fundamental para derrotar condiciones regresivas y ello solamente puede lograrse a través de la adopción de una nueva Constitución de corte democrático que se alinee con tales objetivos.

Este breve recuento de los argumentos sostenidos por quienes defienden la constitucionalización y la justiciabilidad de los derechos sociales en Sri Lanka, da cuenta del enfoque que describe al proyecto de nueva Constitución y refleja el objetivo con el que se han comprometido. En esencia, representa un objetivo ambicioso en la medida en que aspira a estructurar un esquema de transformación social, política, económica e incluso cultural, a través de una concepción de *constitucionalismo juristócrata*.<sup>1</sup> Dicha concepción implica, más que una 'revolución de los derechos' asociada al alcance de su reconocimiento constitucional, una transformación de la tradición democrática del Estado. Visto desde la mejor perspectiva posible, quienes no comulgan con la orientación del proyecto referido podrán apreciar que se trata de una respuesta basada en una clase de virtud normativa que pugna por la solución de problemáticas estructurales que han caracterizado a Sri Lanka a lo largo del devenir de su existencia poscolonial.

---

<sup>1</sup> Véase Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 2004.