



Estrasburgo, 23 de noviembre de 2016

CDL-LA(2016)006
Spa. only

**COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DEL DERECHO
(COMISIÓN DE VENECIA)**

en co-operación con el

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

CONFERENCIA

**PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE GRUPOS
VULNERABLES: UN DIÁLOGO JUDICIAL**

Santiago, Chile

4 - 5 diciembre 2015

**Protegiendo personas y grupos vulnerables en Europa:
desafíos constitucionales**

CONTRIBUCIÓN

Sr. Josep Maria CASTELLÀ ANDREU

Profesor, miembro de la Comisión de Venecia, España

1. Introducción

El propósito de estas páginas es situar, delimitar y contextualizar (*mapping*) y, al mismo tiempo, tratar de configurar (*shapping*) la protección constitucional de los grupos vulnerables, como marco general de carácter introductorio que pueda servir para, en otras ponencias del seminario, profundizar en el diálogo entre Tribunales sobre la cuestión. Dicha tarea se aborda desde una perspectiva jurídico-constitucional que sin ser suficiente por sí sola, sí resulta, a nuestro juicio, no solo necesaria sino ineludible.

El tema presenta una gran actualidad en el viejo Continente, aunque ciertamente la lucha contra las situaciones de vulnerabilidad y las personas y grupos que la padecen no sea una cuestión novedosa. El drama de los refugiados que llegan a las fronteras de los Estados europeos, huyendo de la persecución política y religiosa y de la miseria, con el propósito de comenzar una nueva vida entre nosotros o al menos de encontrar una estabilidad y condiciones de vida que no tienen en sus Estados fallidos nos obliga a confrontarnos urgentemente con esa realidad con toda su crudeza. Ellos son los más vulnerables entre los vulnerables. Y su presencia a nuestro lado, como la de tantas otras personas y grupos vulnerables, hace necesaria una actuación, que no puede ser sino multinivel: por parte de las instituciones europeas, de los Estados, de las regiones y de los entes locales, además de la misma sociedad, porque a todos nos concierne. La respuesta política y jurídica ante situaciones de emergencia no siempre ha sido eficaz porque exige diligencia a la vez que coordinación y cooperación. Pero ante todo requiere tomar consciencia de su presencia con nosotros y de la vulnerabilidad en la que se hallan tantas personas y grupos.

A. ¿Quién es vulnerable?

Hay múltiples vulnerabilidades. La vulnerabilidad es ante todo de personas. De personas individualmente consideradas y de personas que forman parte de grupos (minorías, colectivos, categorías) más proclives que otras a incurrir en algún tipo de vulnerabilidad. Aunque, de hecho, todas las personas estamos expuestas a alguna vulnerabilidad. Quizás el primer paso para afrontar dicho reto consiste en entender la vulnerabilidad no como algo propio del “otro” (vecino, ser lejano) que no nos afecta, sino como algo “propio” o “nuestro”, que incide en nuestras vidas de un modo u otro.

La vulnerabilidad depende de situaciones muy heterogéneas entre sí: a) temporales-transitorias (la edad); b) circunstanciales (migrantes); c) permanentes (discapacitados); d) mixtas (minorías y grupos indígenas).

Hay tipos distintos de vulnerabilidad: la física, la socio-económica; la cultural-lingüística; la étnica; la religiosa; la nacional; la política; la sexual... Los refugiados son un ejemplo de cómo difícilmente cabe aislar cada tipo de vulnerabilidad. Muchas veces se presentan combinadas.

Vulnerabilidad y marginación social y/o política han sido consideradas tradicionalmente de forma conjunta, y de hecho muchas veces van de la mano, aunque en rigor la marginación suela ser un efecto de la vulnerabilidad. En no pocas ocasiones afrontar de raíz las distintas vulnerabilidades por parte de los ordenamientos jurídicos evitaría incurrir en marginación o supondría el primer paso para corregirla.

B. Crisis económica y agravación de la vulnerabilidad

La crisis económica y financiera por la que atraviesa Europa desde 2007, por su gravedad y por su duración, ha provocado -aunque con diferencias notables entre los países del centro y del norte y los del sur y periféricos- un aumento del paro, de la precariedad laboral, de la pauperización de sectores de la población (clases medias en particular) y de la exclusión social. Los poderes públicos han debido ajustar sus cuentas para contener el déficit y la deuda

pública al tiempo que debían afrontar un aumento del gasto social provocado por las circunstancias citadas.

Los poderes públicos, nacionales y subnacionales, han tenido que moldear sus estrategias ante la situación de crisis mencionada: por un lado, cumpliendo con las directrices exigentes de la Unión Europea (basadas en el saneamiento de las cuentas públicas y las reformas estructurales), por el otro, atendiendo las necesidades y demandas crecientes de la sociedad. Eso suscita ya una primera cuestión y consiguiente constatación: ¿la crisis ha afectado a derechos sociales y políticas públicas en el campo social y/o solamente ha incidido en la modificación de estructuras administrativas y en la reducción del sector público y sus funcionarios? A la vista de lo ocurrido en países del sur de Europa, entre los que el caso español es paradigmático, la crisis no solo ha supuesto un adelgazamiento institucional (con la supresión de órganos públicos, como el defensor del pueblo en algunas comunidades autónomas por ejemplo) sino que ha afectado a la protección de las personas y grupos vulnerables. Ello ha conllevado una reducción de los derechos sociales de carácter prestacional a colectivos como los extranjeros (sanidad) o prestaciones a las personas en situación de dependencia, lo que se ha justificado precisamente por la situación de emergencia económica. Esto es, los situados en situaciones de vulnerabilidad, por lo general, han pagado con creces las consecuencias de la crisis de modo que eso ha dificultado o aplazado su corrección.

Esos cambios en la organización y en la actuación de los poderes públicos y en los ámbitos subjetivo y objetivo de protección de los derechos han dejado más espacio a la iniciativa social. En muchas ocasiones la solidaridad intrafamiliar y de la sociedad (a través de ONGs, grupos religiosos...) ha suplido con gran esfuerzo y eficacia las deficiencias e insuficiencias del sector público.

Ante esta situación, se plantea una segunda pregunta: ¿los cambios que se acaban de enunciar constituyen una situación transitoria, cuya temporalidad va ligada a la duración de la crisis o más bien presentan visos de permanencia y, por tanto, seguirán una vez la crisis haya remitido? Nos falta aún la suficiente perspectiva para responder esta cuestión de manera precisa pero todo parece indicar que la crisis ha servido para un ajuste en las cuentas públicas y para llevar a cabo un cambio en la forma de gastar, por lo que algunas reformas emprendidas presumiblemente van a permanecer después de la crisis, pero no está claro en qué medida ello va a ser así y en cuál otra se van a recuperar prestaciones y garantías de derechos previos al comienzo de la crisis. Un ejemplo de medida estructural son las reformas constitucionales que se han aprobado en varios países europeos (España e Italia en 2011 y 2012 respectivamente, entre ellos) impulsadas por las instituciones europeas, tendentes a procurar la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera mediante el control del gasto público. Pero dentro de estos límites, los poderes públicos tendrán que priorizar el gasto público en cada presupuesto y legislar de acuerdo con ello. En definitiva, los responsables políticos tendrán que hacer política, optando, explicando a la opinión pública sus prioridades y sometiéndose al control parlamentario y del electorado por las mismas.

2. El Derecho y el Estado ante la vulnerabilidad

A. El papel del constitucionalismo

La situación de crisis en la que nos encontramos nos brinda una oportunidad de oro para reflexionar y replantearnos cuál es y cuál ha de ser el papel del Estado y del Derecho ante las vulnerabilidades. Normalmente, en el ámbito jurídico, la cuestión de la vulnerabilidad se afrontaba desde el Derecho Administrativo y cada vez más desde el Derecho Internacional Público. Pero hoy día supone también un desafío para el constitucionalismo. Ello lleva a reflexionar sobre cuál debe ser y cuál es el papel de las constituciones en la protección de las

personas y grupos vulnerables. En efecto, el cumplimiento efectivo de las constituciones y su función básica de procurar la integración de toda la comunidad política (Smend) se dirime en nuestros días en la respuesta a esas cuestiones concretas. En definitiva, se abre un espacio a lo “microconstitucional”, normalmente desatendido por las grandes decisiones constitucionales. Ello sin embargo enlaza con el valor de la *fraternidad*, enraizado en el constitucionalismo francés desde sus orígenes, aunque apenas concretado en la historia constitucional y, por tanto, tarea pendiente de nuestro constitucionalismo, como bien apuntara Peter Häberle en su estudio sobre el significado y alcance de 1789 en la historia constitucional (*Libertad, igualdad, fraternidad*, Trotta, 1998). La Constitución de 1793 ya contenía un derecho al socorro, pero era la excepción y no pasó, como el resto de dicho documento constitucional, de ser un catálogo de intenciones, una bandera revolucionaria. Hoy se invoca el principio de *solidaridad* para hacer referencia a los mismos o parecidos aspectos, pero las constituciones de nuestro entorno no lo han solido incluir en sus textos (más allá de la solidaridad interterritorial, por ejemplo art. 2 CE). El reto está en hacerlo efectivo a través de la legislación y las políticas públicas, sobre todo.

Ante la vulnerabilidad el constitucionalismo ha adoptado y puede adoptar diversas perspectivas o estrategias. Estas son complementarias entre sí y no las planteamos en términos excluyentes o históricamente sucesivos o antagónicos. Nuestro acercamiento a esas perspectivas es pues teórico y no histórico (aunque halle realizaciones parciales y limitadas de los modelos en experiencias de formas de Estado históricas) y ofrece un marco explicativo a la vez que un cuadro de posibilidades de actuación a los poderes públicos y a la sociedad de nuestro tiempo:

- a) *Liberal*. El centro es el individuo abstracto por el hecho de serlo –y no agrupado o disgregado en categorías y grupos de diverso tipo- y todo individuo. El principio de igualdad ante la ley y de oportunidades es un instrumento fundamental para superar discriminaciones existentes en la sociedad. Por ello se introducen prohibiciones concretas de discriminación (por razón de raza, sexo, religión, lengua, que se van ampliando progresivamente para incluir la discapacidad o la orientación sexual). Corresponde a la sociedad y a los grupos que la vertebran –particularmente a la iniciativa privada y a organizaciones del tercer sector- la atención primaria de las necesidades concretas, materiales y espirituales, de las personas vulnerables, e indirectamente de los grupos desprotegidos. El Estado actúa normalmente de forma general y abstracta: la concreción de las libertades y la igualdad ante la ley sobre todo a través del Estado legislador o Parlamento, así como en su garantía de cumplimiento en los casos concretos e individuales de vulneración a través del Estado juez o Poder Judicial. Se reserva una actuación mínima directa, a través de políticas públicas, para garantizar la actuación de la iniciativa privada y ofrecer unos mínimos básicos a todos los ciudadanos y de este modo conseguir la estabilidad social y la integración de la comunidad política de referencia. Este es un planteamiento admitido por el premio nobel liberal Friedrich A. Hayek en *Fundamentos de la Libertad* (1960). El Estado llega allí donde no llega la sociedad, de acuerdo con el principio de subsidiariedad. Históricamente se hallan algunos trazos de este modelo en el Estado liberal de Derecho y en la actuación social de los poderes públicos a través de la beneficencia. Dicho modelo se expone a críticas conocidas –de deficiente inclusión social y de incapacidad para hacer frente a las necesidades sociales existentes, entre ellas- que abonan el surgimiento de modelos alternativos.
- b) *Social*. El eje sobre el que pivota es el individuo concreto, en sus circunstancias y relaciones y agrupaciones. El Estado asume un protagonismo en la procura de derechos de prestación y en la consecución de la igualdad real o sustantiva, que corrija la igualdad de oportunidades con una igualdad de resultados. De ahí la acción afirmativa en favor de grupos en desventaja que corresponde a los poderes públicos. Asimismo se da una lectura prestacional a los derechos de libertad y la garantía de

la eficacia horizontal o entre particulares de los derechos de carácter inmediato, que tienda a implementarlos frente a poderes privados. El intervencionismo social de los poderes públicos lleva a la publicación de las prestaciones, a su otorgamiento directo por parte del sector público como regla. Este modelo se corresponde con el Estado social de Derecho vigente en buena medida en la Europa occidental de la segunda mitad del s. XX. Al mismo responden las llamadas cláusulas transformadoras insertadas en algunas constituciones de este periodo histórico, como la italiana de 1947 o la española de 1978 (arts. 3.2 y 9.2 respectivamente): los poderes públicos han de remover obstáculos para que la libertad y la igualdad de individuos y “grupos en que se integran” sean reales y efectivas. Dichas cláusulas solo han sido llevadas a la práctica de forma parcial. No ha sido ajeno a ello la crisis fiscal del Estado, sobre todo a partir de finales de los años setenta del siglo XX. Pero el problema seguramente es más hondo y tiene que ver con la concepción asistencialista que suele conllevar el modelo: de ahí que la crítica al mismo subraye la dependencia del Estado –de la cuna a la sepultura- y que favorezca un individuo y una sociedad más débil y menos autónoma y libre (en el sentido de la libertad negativa de Isaiah Berlin).

- c) *Constitucionalización de grupos vulnerables*. El reconocimiento y protección jurídica al máximo nivel de los grupos vulnerables ya sean sociales, culturales o étnicos, que integran una comunidad política supone dar visibilidad a su situación e identificarlos como de prioritaria atención por dicha comunidad, ya sea por razones de agravio histórico, de reconocimiento de la pluralidad cultural, étnica o religiosa, o de discriminación en la que se hallan. Es una perspectiva que aparece como complementaria de las anteriores, sea de la liberal sea de la social. Las constituciones pueden adoptar al respecto dos modalidades:

1) tutela en abstracto: una mención a las “formaciones sociales” (caso de la cláusula abierta del art. 2 de la Constitución italiana al referirse a los titulares de “derechos inviolables”), abierta a concreciones distintas por parte del legislador y de los jueces;
2) tutela en concreto: la inserción de referencias a ciertos colectivos y categorías concretos susceptibles de tutela jurídica. A su vez caben dos formas de plasmarlo en los documentos constitucionales:

a) la multicultural, mediante cláusulas de reconocimiento y protección de determinados grupos étnicos o nacionales. Así, la Carta de Derechos de la Constitución de Canadá de 1982 incluye cláusulas generales de protección de la población aborigen (art. 35) y también del patrimonio multicultural (art. 27).

b) la social, con cita expresa de colectivos sociales y poblacionales destinatarios de la acción de los poderes públicos. Así, el capítulo III del título I de la Constitución española cita expresamente entre los “principios rectores de la política social y económica” a la familia y niños (art. 39), discapacitados (art. 49), emigrantes (art. 42), ancianos o tercera edad (art. 50), jóvenes (art. 48) o consumidores (art. 52).

Si en la primera de ellas tiende a combinar la protección de la identidad y formas de vida propias de un grupo que se destaca por alguna razón (histórica, cultural), con la ayuda ante la vulnerabilidad económica y social (caso de Canadá), en la segunda se mencionan colectivos en posición de debilidad o vulnerabilidad económica y social (así España). Mientras la primera es ejemplo de cómo se combina con (o inserta en) un modelo liberal, la segunda lo es de integración en uno social.

A veces se suelen identificar dichas cláusulas constitucionales con los derechos de la tercera y cuarta generación. Pero ello no es del todo adecuado porque el planteamiento de dichas cláusulas no suele ser de reconocimiento de derechos subjetivos sino más bien de plantear tareas del Estado: son normas principales u objetivas que el legislador concreta en forma de derechos subjetivos.

España, al constitucionalizar una serie de categorías y grupos, se erige en puente entre el constitucionalismo europeo, más bien parco a la hora de llevar a las constituciones a estos grupos y situaciones, con el constitucionalismo iberoamericano que amplía y desarrolla lo efectuado por el constituyente español en 1978.

Las alternativas o modelos mencionados no pretenden agotar las posibilidades existentes y cada uno de ellos, además, ofrece múltiples variaciones posibles. A priori no se puede considerar que solo una de dichas alternativas de “la” respuesta -suficiente y adecuada- para afrontar las situaciones de vulnerabilidad. Esto es, importa tener claro el objetivo último pretendido con la acción de los poderes públicos frente a las situaciones de vulnerabilidad, como se verá a continuación. Los modelos son instrumentos distintos para afrontarlo. La opción por cada una de ellas o la forma de complementarlas entre sí depende de decisiones político-constitucionales que, en todo caso, deberían valorar la eficacia a la hora de afrontar y superar las situaciones de vulnerabilidad y, por tanto, someterse al escrutinio público. De ahí la conveniencia de ir corrigiéndolas sobre sobre la marcha, en función de los logros alcanzados. Las buenas prácticas de distintas experiencias comparadas pueden ayudar mucho en esta estrategia.

B. Fines y objetivos de la intervención estatal

Los fines principales de la intervención estatal ante los supuestos de vulnerabilidad son la protección de la dignidad de la persona y la integración o inclusión social. Por lo que se refiere a la dignidad, reflejo de la persona como fin en sí mismo, y no reducido a mero engranaje o instrumento, está expresamente enunciada en bastantes documentos constitucionales, a partir de la segunda postguerra, aunque varíe la forma: ya sea como derecho fundamental (Ley Fundamental de Bonn, art. 1: el primero de ellos), ya como principio o valor fundamental (art. 10 Constitución española y STC 53/1985). Como advirtió Miguel Ángel Alegre, la dignidad trasciende a derechos concretos (*La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996).

En cambio, la integración o inclusión social no suele aparecer como tal en las constituciones hasta más recientemente, sobre todo en el contexto iberoamericano. Pero está en la base de las constituciones en tanto que manifestación de la integración como objetivo fundamental de cualquier comunidad política. Bajo esta premisa se elaboraron las constituciones de la segunda postguerra en la Europa occidental y después las de los años setenta y noventa, tras amargas experiencias de profunda división política en los respectivos Estados.

Los objetivos que pretende la intervención pública se reducen en última instancia a sacar de la vulnerabilidad a quien se encuentre en ella y a la consecución de la plena integración social de ellos. Esto se concreta en equiparar a los vulnerables con los no vulnerables en términos jurídicos. En unos casos esto supone tratar de evitar la “instalación” en la vulnerabilidad y en ello se ponen de manifiesto los riesgos del Estado asistencial a través de programas de ayudas y subsidios que pasan a ser permanentes. Es lo que ocurre con vulnerabilidades de tipo social y económico. Pero en otros casos, se trata de garantizar el pluralismo y la diferencia, lo que no supone un derecho a la diferencia. Esto se aplica a minorías que han de poder obtener respeto y protección a sus rasgos identificadores y diferenciales, ya sean de tipo étnico, religioso, cultural o lingüístico. Englobando ambas realidades, la Constitución de Ecuador de 2008 habla de “grupos de atención prioritaria”.

En definitiva, la intervención pública frente a las situaciones de vulnerabilidad trata de conseguir: 1) el reconocimiento de sus derechos y otras posiciones jurídicas; y 2) la protección de quienes la sufren a través de diversas técnicas normativas. Para ello suele ser conveniente, como premisa, dar visibilidad a las situaciones de vulnerabilidad que se dan en una determinada comunidad política y la identificación de las personas y grupos vulnerables y con

riesgo de caer en vulnerabilidad, como formas de sacarlas del anonimato y poner su problemática sobre la mesa, para poder realizar actuaciones públicas. A ello contribuye en primera instancia, la mención de dichos grupos y categorías en los documentos constitucionales.

El denominado neoconstitucionalismo iberoamericano se diferencia del constitucionalismo clásico en que convierte en derechos constitucionales las menciones a estos grupos y situaciones. Se transforma, al menos teóricamente, en derechos subjetivos la protección normativa u objetiva brindada a tales grupos y situaciones. Aunque ello no obste en bastantes ocasiones a que se suela requerir la intervención del legislador para que puedan desplegar todos los efectos propios de los derechos subjetivos. Por tanto, dejan de ser normas más o menos secundarias o complementarias para erigirse en uno de los núcleos del pacto constituyente (Albert Noguera, “Los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”). No obstante, en nuestra opinión, debe primar el análisis de las concretas garantías y de su efectividad real para sacar de la situación de vulnerabilidad a quien se halle en ella sobre el meramente nominalista. O lo que es lo mismo, el constitucionalismo, como se ha visto, ofrece opciones variadas –instrumentos jurídicos- para alcanzar el fin deseado, y este sí insoslayable para una Constitución a la altura de los tiempos: la garantía de la dignidad de todas las personas y la plena inclusión de las mismas en la comunidad política de pertenencia.

C. Instrumentos jurídicos

Son varios los instrumentos que se suelen emplear para hacer frente a las diversas situaciones de vulnerabilidad. Los poderes públicos normalmente han diseñado políticas públicas para atajar o al menos afrontar algunas de las situaciones (trabajo infantil, condiciones laborales, seguridad social). Es lo que ocurre desde al menos las políticas sociales de los gobiernos conservadores del Estado liberal: Bismarck en Prusia como ejemplo arquetípico, pero también la III República francesa o el gobierno de Disreili en Gran Bretaña (el *one-nation Tory*) o en la Restauración española con Eduardo Dato, por ejemplo. El protagonismo es asumido por la Administración, que actúa con criterios paternalistas y pragmáticos para evitar estallidos sociales.

La entrada en el constitucionalismo de situaciones de vulnerabilidad tiene lugar a través de la constitucionalización de garantías institucionales y de normas finalistas. Así opera la Constitución de México de 1917 y la de Weimar de 1919 y, desde ella, no pocos documentos constitucionales contemporáneos. Las constituciones contienen tareas, deberes, habilitaciones o mandatos al legislador para que regulen sobre determinadas situaciones o categorías. El capítulo III del título primero de la Constitución de 1978, ya aludido, es un claro ejemplo de esa heterogeneidad de tipos de normas, agrupadas bajo el epígrafe de “principios rectores de la política social y económica”. El art. 53.3 CE aclara su régimen jurídico y de garantías: informar “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, esto es, sirven como criterio orientador y de interpretación del ordenamiento, al tiempo que difieren su actuación como derechos subjetivos (“sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria”) al momento de intervención del legislador competente. Además de la necesaria intervención administrativa, el papel del legislador cobra una importancia destacable, pues a él corresponde transformar normas objetivas en derechos subjetivos, de rango legal.

En no pocas ocasiones, los bienes jurídicos objeto de protección se presentan como intereses legítimos que pueden obtener cierta tutela judicial ordinaria, aunque no equiparable a la de los derechos subjetivos.

En los casos mencionados hasta ahora, las constituciones identifican bienes jurídicos a los que se confiere protección por el ordenamiento jurídico. Pero normalmente prima la dimensión objetiva sobre la subjetiva en tal declaración.

Ocasional (y por lo general posterior) ha sido el intento de convertir en derechos subjetivos fundamentales esas situaciones y categorías vulnerables. Ello ha implicado la necesidad de ampliar el fundamento individualista originario de los derechos con la creación de derechos colectivos (de confesiones religiosas...), más allá de los derechos reconocidos a personas jurídicas (asociaciones, sindicatos...). Y también dejar de lado el carácter universal y general predicado normalmente de los derechos fundamentales para reconocer derechos específicos de determinados grupos y categorías, variables en función de cada experiencia histórica sobre la que actúa cada Constitución. A ellos se confiere una especie de “refuerzo” en la protección. El derecho a la igualdad y a la no discriminación ha sido utilizado muchas veces para atender estas demandas. Normalmente como igualdad ante la ley (con el establecimiento de cláusulas específicas, tasadas o no, de no discriminación). A veces, como principio de igualdad material o de resultados. La tensión e intentos de articulación entre ambas es un elemento capital de nuestro constitucionalismo contemporáneo.

Otra consecuencia de esa atracción hacia los derechos fundamentales de las situaciones de vulnerabilidad ha sido el reconocimiento de lo que se conoce como “nuevos derechos”, que van más allá de los derechos fundamentales clásicos. Estamos ante una vis atractiva o expansiva del lenguaje de los derechos que se extiende a todo el ordenamiento, en concreto, a ámbitos donde solía o suele primar la protección objetiva o institucional a la que se ha aludido más arriba. Ello supone otorgar un poderoso factor de legitimación política y jurídica de ciertas demandas sociales (Marta Cartabia, “La edad de los ‘nuevos derechos’”, *Revista de Derecho Político*, núm. 81, 2011).

Ello suscita una valoración ambivalente. Por una parte, supone tomar en consideración el carácter evolutivo del reconocimiento de los derechos. Su dinamismo se explica por la progresiva aparición de demandas y aspiraciones sociales, de tomas de conciencia de la sociedad o parte de ella ante nuevas situaciones. De ahí que en muchas veces se suela recurrir al enfoque clásico de las sucesivas generaciones de los derechos y a la protección de los vulnerables como un proceso evolutivo, vinculado a la creciente consciencia sobre los derechos y su reclamación. Pero por otra parte, tal ampliación de los derechos puede llevar a la relativización de su fundamentalidad: si todos son derechos fundamentales al final ninguno lo es realmente porque la ponderación se hace necesaria en cualquier supuesto, lo que puede ir en detrimento del contenido de los derechos fundamentales por excelencia. Por ello, como señala Miguel A. Alegre, solo estaremos ante un nuevo derecho cuando su reconocimiento o aplicación no contradiga, lesione o atente contra otros derechos humanos (“Protección constitucional a las personas vulnerables y nuevos derechos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 80, 2011). Además, determinada ampliación de los derechos, sin dichas cautelas, incluso puede acarrear una banalización de los derechos, convertidos en instrumentos ideológicos o al servicio del poder, y no como límites a los poderes y deberes para los mismos.

La clave está en la garantía de la efectividad de los nuevos derechos. Cuando no puede garantizarse esta, se defraudan las expectativas generadas con su reconocimiento. Así, se produce una devaluación de la propia Constitución, de su valor normativo superior. Los derechos han de poder garantizarse y ser efectivos (Luis López Guerra, “Algunas reflexiones sobre la ingeniería constitucional”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 12). De lo contrario se quedan en el plano de las declaraciones solemnes, sin efectos reales en la vida cotidiana y sin el valor transformador que tienen.

Un aspecto relacionado con lo que se acaba de exponer, y que solo se apunta aquí sin mayor profundización, tiene que ver con quiénes son los llamados a descubrir, hacer “aflorar” o simplemente a “crear” tales derechos. Unas veces serán los jueces y tribunales (singularmente los supremos y constitucionales). Entonces aparecerá la tensión entre activismo judicial y deferencia hacia los legisladores. Otras el poder legislativo, en cuyo caso habrá que ver si la mayoría ordinaria puede crear esos derechos, que otra mayoría ulterior podrá restringir,

generando una inseguridad jurídica notable. Otras finalmente el poder de reforma constitucional o el poder constituyente, con participación directa del pueblo en referéndum en no pocos casos. De entrada parece la opción más adecuada en términos de legitimidad democrática y constitucional, aunque en tales casos el riesgo es de petrificar el ordenamiento y comprometer a legisladores ordinarios en coyunturas políticas y económicas muy distintas.

D. Estado prestacional y Estado garante: ¿actuación directa o cumplimiento de fines?

Lo anterior nos lleva a abordar una cuestión fundamental: cómo debe afrontar el Estado el debate aludido sobre la protección de grupos y categorías vulnerables. Hemos visto que la respuesta dista de ser unívoca y está condicionada por factores filosóficos (e ideológicos) –qué papel ha de desempeñar el Estado ante estas y otras situaciones- e históricos –qué papel ha desempeñado en cada momento histórico el Estado frente a tales situaciones. En cualquier caso, en nuestra opinión, partimos de una premisa: es tarea del Estado, de todos los poderes públicos, hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad. Los poderes públicos no pueden permanecer al margen y encomendar dicha tarea completamente a la sociedad, como se defiende desde posiciones ideológicas libertarias. Ello choca contra un sentido –el que sea- de comunidad –“nosotros”-. Nuestros ordenamientos constitucionales tampoco permiten dicho abstencionismo radical, e imponen algún tipo de deberes a los poderes públicos, bajo formas distintas (concretas obligaciones frente a derechos subjetivos, habilitaciones o mandatos de actuación...). En definitiva, la lucha contra las situaciones de vulnerabilidad se convierte en *política pública*.

Despejada la cuestión del si debe hacerlo, el debate se traslada al cómo, a la forma de hacerlo. Durante el momento de apogeo del Estado social, el consenso sobre el carácter prestacional del Estado, esto es, la intervención directa del mismo en las relaciones sociales y económicas y su protagonismo en la tarea de luchar contra las vulnerabilidades –sobre todo las de tipo social y económico- era indiscutible. Tras las sucesivas crisis del Estado social a partir de los años setenta del s. XX, se ha roto dicho consenso y han aparecido nuevas aproximaciones al tema. Entre ellas merece destacarse la que se conoce como Estado garante. Como destaca José Esteve Pardo, las constituciones suelen encomendar a los poderes públicos el cumplimiento de unos fines (los poderes públicos fomentarán, asegurarán, velarán, impulsarán...) pero los medios e instrumentos para llevarlos a cabo pueden variar y admitir formas distintas a la prestación directa: el Estado puede encomendar a particulares o grupos no gubernamentales la actuación en un ámbito concreto. Y el Estado, al mismo tiempo, se reserva fomentar, controlar, supervisar y sancionar a los privados que desatiendan las obligaciones a las que se han comprometido (*La nueva relación Estado y sociedad*, Marcial Pons, 2013). Hay una apertura a la sociedad para que se implique en la atención social a grupos vulnerables. De hecho, se trata del reconocimiento y juridificación de una atención que data de tiempos inmemoriales. Ahora se plantea bajo la forma de una colaboración público-privada y de participación social. Tanto del tercer sector (del voluntariado, de ONGs) como de la iniciativa privada. Merece destacarse el estatuto jurídico del tercer sector que se ha regulado en Italia, como uno de los más desarrollados, precisamente con base en la realidad asociativa y en la tradición solidaria de dicho país, y sus intentos de reforma y actualización (Emanuele Rossi, “La disciplina giuridica del Terzo settore in Italia”, *RCDP*, núm. 49, 2014).

3. Los poderes públicos y la sociedad ante la vulnerabilidad

Una vez hemos constatado que la lucha contra las situaciones de vulnerabilidad es tarea de toda la comunidad política y que los ciudadanos no podemos hacer dejación de la misma en los poderes públicos, cada vez más sobrecargados de funciones y atribuciones y, por tanto, con riesgo de quedar saturados por las mismas, corresponde ahora ver cómo los distintos poderes actúan frente a la vulnerabilidad. Es importante advertir que a cada poder le corresponden funciones distintas y que confundirlas lleva a una deficiente forma de abordar la

problemática y, por tanto, a una respuesta inadecuada a las situaciones de vulnerabilidad. Por ello es preciso distinguir los poderes de decisión de los poderes de supervisión y garantía.

a) Poderes de decisión

La acción de los gobiernos y las administraciones constituye la respuesta ordinaria y tradicional ante la vulnerabilidad. De ahí la existencia de políticas públicas para hacerle frente. Ello plantea, entre otras, una cuestión de carácter organizativo: la necesaria cooperación y coordinación entre Administraciones públicas: la nacional y las locales en Estados unitarios, además de la regional en Estados políticamente compuestos. El caso de la aplicación de la conocida como Ley de la dependencia en España –afectada precisamente por la crisis- (Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia) constituye un buen ejemplo de la previsión de instrumentos de colaboración interadministrativa. Supone un acercamiento a la problemática de la vulnerabilidad de tipo cooperativo, a través del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el que participan los gobiernos estatal y de las Comunidades Autónomas. Además de la intervención de las entidades locales en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia, de acuerdo con sus competencias. Tal planteamiento cooperativo de la opción legislativa se hace en lugar de otra, la clásica del federalismo de separación, en que cada ente público desarrolla sus respectivas competencias en la materia, sin interferencia de los demás. A través de los programas de financiación, la Administración estatal suele interferir en la de los entes territoriales. De ahí la opción por una alternativa cooperativa. Aunque ello incida sobre la autonomía de cada ente a la hora de fijar prioridades y diseñar respuestas propias normativas y de políticas públicas. Por último, las administraciones locales, por su cercanía a la vida cotidiana de los ciudadanos, se suelen ocupar de esas situaciones de vulnerabilidad, incluso más allá de las competencias estrictamente atribuidas por la legislación local.

Pero no es solo una cuestión administrativa y de organización. La intervención del legislador (o los legisladores en los Estados políticamente compuestos) se ha vuelto necesaria para la actuación de los mandatos constitucionales allí donde existen. La omisión legislativa suele ser de difícil control jurisdiccional, salvo casos de vulneración manifiesta del principio de igualdad.

De hecho en los Estados compuestos las competencias implicadas en la lucha contra la vulnerabilidad, piénsese en la de bienestar o asistencia social de forma destacada, suelen corresponder a los poderes territoriales. La intervención de los poderes nacionales tiene lugar ya sea para garantizar la igualdad básica en el ejercicio de derechos de los ciudadanos (casos de Italia o España, arts. 117 m CI y 149.1.1 CE respectivamente) o bien en la medida en que entren en juego la educación o la seguridad social.

b) Poderes de tutela

Los órganos jurisdiccionales tienen un rol importante a la hora de supervisar y dar efectividad a los mandatos normativos sobre situaciones de vulnerabilidad. Ello será objeto de atención preferente en otras ponencias del seminario. Baste señalar ahora, a modo introductorio, que para los casos de vulneraciones concretas del ordenamiento, los órganos del Poder Judicial son los competentes para afrontar las situaciones de vulnerabilidad denunciadas. En cambio, la intervención de los tribunales constitucionales se reserva ya sea para el control abstracto de leyes que no protejan a personas y grupos vulnerables de acuerdo con los estándares fijados por las constituciones y otras normas superiores (de tipo internacional), ya como último garante de los derechos de las personas vulnerables reconocidos constitucionalmente (recurso de amparo). En este último caso, el problema que hay que afrontar en primer término está en la inclusión o no de tales derechos constitucionales entre las normas objeto del recurso de amparo (es el caso de la exclusión en la Constitución española del recurso de amparo para los principios rectores del capítulo III, lo que obliga a emplear estrategias jurídicas como

vincularlos con derechos fundamentales susceptibles de tutela en amparo, el principio de igualdad de forma manifiesta aunque no única: así mientras el derecho a la salud está excluida del amparo, se puede canalizar en determinados casos a través del derecho a la vida y a la integridad física y moral).

El problema de fondo que plantea la intervención de los órganos judiciales frente a la vulnerabilidad estriba en la dificultad de garantizar derechos subjetivos concretos lesionados de personas y aún más de grupos vulnerables. El primer problema que aparece es de acceso a la justicia y de legitimación procesal, pensados en el contexto europeo más para lesiones individuales que colectivas. De ahí que a veces se prevean acciones populares y *class actions* en los ordenamientos para ese tipo de casos. El segundo problema es de régimen probatorio de la discriminación. En cualquier caso, se trata de soluciones remediales o de reparación a lesiones producidas.

Un riesgo que se plantea a la hora de abordar situaciones de vulnerabilidad es el del activismo judicial: que a través de resoluciones judiciales se adopten políticas públicas generales amparadas en normas constitucionales de tipo principal. Sobre todo ello sucede cuando otros poderes no cumplen con sus funciones decisorias al respecto. Pero ello no puede soslayar el hecho que poderes cuya lógica es la reactiva a vulneraciones individuales carezcan de instrumentos adecuados para afrontar situaciones generales o extensas de vulnerabilidad. Ahí deben actuar los poderes legislativo y ejecutivo. Lo anterior, además del tantas veces alegado problema de decisión sobre el presupuesto por parte de poderes que no lo aprueban ni responden del mismo en términos democráticos. La lógica de la separación de poderes desde el Medioevo, y del constitucionalismo, distingue de forma clara entre *gubernaculum* y *jurisdictio*.

La presencia de tribunales internacionales, y de otros órganos de supervisión internacional no hace sino repetir a escala internacional lo indicado hasta ahora. De entrada, los compromisos internacionales suscritos por los Estados suelen ser mínimos, sin perjuicio de que cada vez más impongan a los Estados deberes de protección frente a las situaciones de vulnerabilidad. Se produce un diálogo entre tribunales nacionales e internacionales, al que invitan cláusulas presentes en algunas constituciones (caso del art. 10.2 CE reiterado en constituciones de Estados iberoamericanas), con la irradiación del derecho internacional de derechos humanos sobre los derechos y los tribunales nacionales. Los convenios de la OIT sobre derechos de participación de los pueblos indígenas (el núm. 169 especialmente) son indicativos de tal influencia.

El anterior límite además se ve acentuado por el hecho de que los instrumentos internacionales de tipo jurisdiccional operan en el campo de los derechos civiles y políticos. El caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es ilustrativo de cuanto se acaba de decir. Otra cosa es que se ensayen y se procuren mecanismos de lucha contra las vulnerabilidades de tipo social y económico a partir del principio de indivisibilidad de los derechos humanos, lo que implica su igual importancia e interdependencia entre los mismos (Declaración final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 1993). De este modo se intenta corregir el “déficit social europeo” (Luis Jimena, “Protection of refugees and other vulnerable persons under the European Social Charter”, *Revista de Derecho Político*, núm. 92, 2015). En este campo el papel del Comité Europeo de Derechos Sociales en aplicación de la Carta Social Europea es a la vez más incisivo en la intervención y exigencias requeridas a los Estados a la hora de establecer un “acervo jurisprudencial social europeo” que sea tenido en cuenta por los operadores jurídicos y actores sociales en el ámbito nacional (Luis Jimena, “La protección de los grupos vulnerables por el Consejo de Europa”, en *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva internacional*, ed. S. Sanz Caballero, Tirant lo Blanch, 2010). Además de dicho Comité, en la lucha contra la discriminación de minorías ha desempeñado una función notable el Comité consultivo sobre la Convención marco para las minorías nacionales, también en el marco del

Consejo de Europa, como es el caso de la denuncia y promoción de medidas contra discriminación del pueblo gitano.

c) El papel de los *ombudsmen*

Precisamente por las limitaciones reseñadas a la vía judicial a la hora de enfrentarse a las situaciones de vulnerabilidad de tipo general y estructural (de grupos, categorías y minorías), cobra relevancia la institución del ombudsman. Creado en los Estados del Norte de Europa como órgano supervisor de las Administraciones públicas, asume, sobre todo en España y bajo su influjo, en Iberoamérica, una función de garante de los derechos fundamentales. Se trata de una garantía de los derechos de tipo no jurisdiccional y no subjetiva de los derechos, basada en buena medida en la “auctoritas” de quien desempeña el cargo, que se centra en la protección de la dimensión objetiva de los derechos. Su intervención sirve para denunciar violaciones, más allá de casos concretos (estos por lo general susceptibles de control judicial), de propuesta a los parlamentos y gobiernos de modificaciones de normativas y de adopción de políticas públicas tendentes a erradicar situaciones de vulnerabilidad. En consecuencia, sirve como instrumento de prevención más que de remedio o reparación en la lucha contra la vulnerabilidad. Si se repasan los informes elaborados por las defensorías del pueblo la referencia a las situaciones de vulnerabilidad ocupan un lugar no desdeñable.

4. Conclusión

En definitiva, la lucha contra las situaciones de vulnerabilidad social, económica o cultural (o la concurrencia de forma simultánea de varias de ellas) en nuestros días pone en juego dos principios fundamentales de nuestro constitucionalismo contemporáneo, aunque no siempre consagrados expresamente en los documentos constitucionales: el principio de solidaridad y el de subsidiariedad, entendido sobre todo, aunque no únicamente, en su dimensión horizontal, de relaciones entre poderes públicos y sociedad. El primero, como nuevo rostro de la fraternidad, parte de la protección de la dignidad del ser humano; el segundo llama a la responsabilización de toda la comunidad hacia los más vulnerables, que no puede ser tarea únicamente reservada a los poderes públicos. A estos corresponden funciones insoslayables a la vez que variadas y limitadas según el tipo de poder de que se trate: a los órganos políticos la adopción de normas y medidas adecuadas (entre ellas la aprobación y ejecución del presupuesto), con la participación de los implicados; a los órganos de control o garantía, la supervisión de la actuación de los poderes y la atención a los derechos e intereses de las personas y grupos vulnerables, con adecuación a los postulados del Estado de Derecho.