

PROYECTO CONSTITUYENDO DEMOCRACIA

Desafío constitucional



Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales

laTendencia

—revista de análisis político—

2008 Primera edición ILDIS

Impreso en el Ecuador

Coordinación: ILDIS - Revista *La Tendencia*
Diseño: Verónica Ávila
Activa Diseño Editorial
Diseño portada: Antonio Mena
Impresión: Gráficas Araujo
Tiraje: 1000 ejemplares

Las opiniones vertidas en este texto no necesariamente coinciden con las de las instituciones que lo auspician. Se autoriza a citar o reproducir el contenido de esta publicación siempre y cuando se mencione la fuente.

ISBN:
Quito-Ecuador

TRANSCRIPCIÓN Y EDICIÓN DEL
SEMINARIO INTERNACIONAL

Desafíos y Nuevos Paradigmas Constitucionales

Quito 6 de marzo 2008

Manta 7 de marzo 2008

**PROYECTO
CONSTITUYENDO DEMOCRACIA
ILDIS - FES - LA TENDENCIA**

Índice

9 PRESENTACIÓN
Michael Langer

12 INTRODUCCIÓN
Francisco Muñoz

16 PODER CONSTITUYENTE:
PODER DE LOS PUEBLOS
PARA DARSE SU PROPIO
PRESENTE Y FUTURO
Fernando Cordero

19 NECESITAMOS MANTENER
LOS ESPACIOS DE DIÁLOGO Y
DE REFLEXIÓN
Martha Roldós

Jornadas de Seminario

20 ESTADO DE DERECHO Y
ESTADO SOCIAL: CLAVES DE
UNA NUEVA DEMOCRACIA
Franz Thedieck

29 Diálogos y comentarios Quito y Manta

32 EL CONSTITUCIONALISMO
LIBERAL-CONSERVADOR Y EL
PROYECTO IGUALITARIO DE LOS
RADICAL DEMÓCRATAS
Roberto Gargarella

48 Diálogos y comentarios Quito y Manta

52 CONTROL CONSTITUCIONAL:
CONDICIONES DE APLICABILIDAD
PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN
Matthias Hartwig

61 Diálogos y comentarios Quito y Manta

63 DESCENTRALIZACIÓN Y EQUIDAD
TERRITORIAL, SOCIAL Y POLÍTICA
Darío Restrepo Botero

Diálogos y comentarios Quito y Manta

MODERADORAS
Quito, Magdalena León
Manta, Rosana Alvarado

ESTADO DE DERECHO Y ESTADO SOCIAL: CLAVES DE UNA NUEVA DEMOCRACIA

*Franz Thedieck**

Para mí es un gran honor estar aquí. Ustedes saben la importancia que tiene en la vida de un constitucionalista, asistir a un proceso para reformular o crear una nueva Constitución. Al mismo tiempo, es un momento con mucha emoción por la posibilidad de encuentro entre personas y pueblos en el camino de la lucha para la democracia. Entonces, agradezco muchísimo a la Fundación FES, institución que me da la posibilidad de compartir con ustedes algunas experiencias democráticas en este momento tan importante para su país.

Debo decir que no es la primera vez que estoy aquí, he venido como asesor alrededor de 20 ocasiones en los 20 años pasados, por eso puedo decir que el Ecuador es como mi tercera Patria. Durante este proceso de democratización he asesorado también la evaluación de los resultados de la Consulta Popular de hace casi dos años: una experiencia muy rica, muy moderna— y he invitado a algunos ecuatorianos a hablar sobre este proceso de democratización porque pienso que la buena orientación sobre la democracia que nos es necesaria,

* (Alemania) Director de la fundación alemana para el Desarrollo Internacional de Asesor de Gobiernos Latinoamericanos en reforma administrativa.

no solamente viene de Europa, de los países tradicionales, sino que también viene de otros países y, entre ellos, Ecuador, que vive estos momentos de renovación de su democracia.

Como el señor Cordero dijo, no se trata solamente de invocar elementos de la democracia participativa en nuestras constituciones sino de dar más democracia al pueblo directamente y no solamente a sus representantes. La crisis de la democracia se vive en todo el mundo, la crisis de los partidos políticos también y es muy difícil encontrar una respuesta. Ustedes lo han mostrado con la deposición de tres presidentes en 10 años. Así es la democracia que no es solo voto, la democracia es también la calle, la gente que se enoja por sus intereses, ésa es la verdadera democracia. Nosotros podemos intentar institucionalizar la democracia, pero la verdadera fuerza democrática no se institucionaliza. Cuando sube el precio del pan, la gente está en la calle. Ésta es la democracia en un sistema que no es de dictadura. Por tanto es un buen momento para estar con ustedes, cuando ustedes resuelven parte de esos problemas, que también son globales. Es cierto que este camino no termina con la nueva Constitución, sino que va a continuar en un proceso de lucha para una nueva democracia.

Yo voy hablarles de experiencias alemanas. Conociendo que no se pueden transferir directamente a su situación, que es distinta económica, política y culturalmente, yo haré mi exposición con toda la modestia necesaria. Mi presentación versará sobre dos principios presentes en la Constitución alemana, como son el *Estado social* y el *Estado de derecho*, los objetivos de la democracia, los elementos básicos del estado de derecho social y democrático, garantías del estado de derecho, componente social del Estado. En Alemania tenemos dos principios más, el Estado general y la República, de los cuales no voy a hablar aquí.

***Estado de derecho:* la libertad en una sociedad abierta e inclusiva**

Los elementos básicos de una Constitución son el Estado de derecho y el Estado social. El *Estado de derecho* es un principio tradicional de todas las constituciones que se enmarcan

en las declaraciones sobre los derechos humanos. Las primeras declaraciones, formuladas en los Estados Unidos de América y en Francia, tuvieron una filosofía similar a la actual aunque ahora se cuenta con algunas innovaciones que garantizan derechos a las mujeres, a los ancianos, a los desvalidos. Se puede afirmar que, en primer lugar, el *Estado de derecho* abre la posibilidad a las personas para gozar de la libertad, que es la base democrática de todo. Segundo, comporta la visión de una sociedad abierta y no cerrada, que integra a todos los elementos de la sociedad y primordialmente a los deprimidos, a aquellos que fueron excluidos por su raza, color de piel, género, etc.

El Estado de derecho es un marco resuelto en las constituciones tradicionales. Usualmente se afirma que refiere a la democracia formal y es cierto, pero —en una primera reflexión—hay que señalar que el que sea formal no es malo pues establece a los derechos humanos como fundamento de la paz que necesitamos para vivir en sociedad. Entonces, es un marco importantísimo. Un Estado de derecho quiere preservar la integridad y la libertad de las personas frente al Estado, porque el Estado es poder y fuerza, es peligroso. Por ello, esta tradición es importante.

En este punto entonces el objetivo de una Constitución es construir una *sociedad abierta*, un concepto que he tomado de Karl Popper, filósofo y político austriaco moderno, refugiado del sistema nacional socialista, que enseñó en Inglaterra y se basó en otro filósofo alemán, Immanuel Kant, que pensó el *bien* definido por la libertad del hombre y el *valor humano* como el valor de ser un hombre libre y proteger la libertad de los demás. Es decir, la visión de un hombre que no es solamente egoísta sino que es altruista. Popper afirma también que no debemos definir el destino de las generaciones futuras pero sí podemos abrir la oportunidad para que lo definan ellas mismas. De modo que el objetivo de una Constitución no consiste tanto en definir la política de futuro sino en abrir puertas, oportunidades, para dar a otros la posibilidad de definir su destino.

Estado social:
responsabilidad del Estado y la sociedad
para apoyar a la gente

Por otro lado, en la Constitución alemana tenemos la noción de Estado social, concepto que fue formulado alrededor de los años 30 y que constituye una puerta para cambiar la situación material de la gente. Esta fórmula Estado de derecho -Estado social reúne las dos dinámicas de una revolución: una vez que se definen los derechos, el Estado social es una forma para responsabilizar al Estado del destino de los individuos, sobretodo de los pobres. Esta noción fue propuesta por un constitucionalista socialdemócrata, Herman Heller, en el año 1930, en la defensa de la República frente a los nacionalsocialistas. Tres años mas tarde, Heller tuvo que refugiarse fuera de Alemania, vivió un año en Madrid y luego murió. Su colega Karl Smith, quien participó en la Constituyente de Bonn en 1949, trajo esta fórmula a la Constitución alemana, una definición para describir un Estado que va del Estado de Derecho hacia lo social.

Pensar en el fundamento del *Estado social* quiere decir pensar, además de los derechos humanos, en la responsabilidad del Estado y de la sociedad para apoyar a la gente. En realidad, los derechos humanos son muy formales y no ayudan a los pobres. Ayudan sobretodo a la gente que está bien situada, que tiene propiedad (el derecho de propiedad, que es muy importante). Con el Estado de derecho tenemos el derecho de igualdad, pero una igualdad escrita en la ley no significa igualdad real.

El *Estado social* sugiere mecanismos para alcanzar la igualdad material, real, y la integra en la Constitución. Cuando se estudian los fundamentos constitucionales de la Revolución Francesa se aprecia cómo se puede utilizar el cuarto poder, el de los más pobres, para luchar por sus derechos y amparar la igualdad material. El *Estado social* recupera esta situación para abrir el mundo entre los ricos y los marginalizados y definir la obligación del Estado de procurar más igualdad entre los distintos grupos sociales. De esta manera, el Estado social tiene que ver con la dignidad de la vida humana de todos los ciudadanos.

Condiciones para defender nuestros derechos

El *Estado de derecho* puede definir muy claramente, de modo muy detallado, los derechos humanos. Pero los derechos humanos de una Constitución no sirven para mucho sino tienen una institucionalización. En Alemania hemos tenido, en todas las constituciones, conquistas de derechos, pero no siempre tuvimos una instancia para reclamar estos derechos. Y no se podía reclamar nuestros derechos humanos al Estado, porque no existían tribunales administrativos ni constitucionales abiertos al pueblo. Entonces, en todo *Estado de derecho* son necesarias instituciones ante las cuales los ciudadanos puedan reclamar sus derechos.

Existen dos tipos de tribunales institucionalizados en Alemania, uno de ellos es el *Tribunal Constitucional* que —aunque no es la primera instancia para reclamar los derechos— ha sido muy importante abrir este Tribunal a los ciudadanos para que ellos mismos —no solamente el Parlamento o los estados regionales— reclamen sus derechos. Cada ciudadano puede hoy día reclamar sus derechos ante este Tribunal.

Sin embargo, pienso que se necesitan además otros elementos para defender los derechos establecidos en un *Estado de derecho*, y ésta es una *instancia popular* que no la he visto en nuestra Constitución alemana, y que ustedes pueden inventar con su creatividad. Yo estoy seguro que ustedes van a encontrar algo. Es necesario que el pueblo sea activo en este proceso. Es lo que nosotros también queremos, dar oportunidades e instituciones al pueblo para reclamar sus derechos y no resolver sus problemas con actitud paternalista. Por tanto, si tenemos derechos, el *Estado social* quiere decir abrir puertas para crear las condiciones adecuadas para otro orden económico-social en el Estado. Fijar este orden económico-social es muy difícil en este momento, porque hay demasiados elementos políticos que surgen y que no se pueden apreciar de modo normal y no somos profetas. Puede ser que ustedes, en este momento, tengan una visión clara del guión económico pero pronto empezará a ser distinto. Entonces, dejen abiertas oportunidades para que el poder legislativo pueda arreglarlo después.

Inclusión de todos e independencia de los tribunales

Por otro lado, pienso que siempre es necesario implicar en su visión la composición de fuerzas y los cambios en las mismas: alguna vez la mayoría va a cambiar a minoría y la minoría va a convertirse en mayoría. Si ustedes quieren una Constitución que rija, se necesita incluir a todos los movimientos políticos del país, mas que integrar las garantías del estado de derecho, la seguridad, los derechos humanos, la separación de poderes, la legalidad y la justicia, esos elementos tradicionales sobre los que no voy a discutir.

Para los efectos de lo que venimos discutiendo tiene importancia la institucionalización del sistema de control interno desde la ciudadanía. Vincular el control a la independencia de los tribunales es muy importante. Entonces, se necesita pagar sueldos realistas y suficientes a los jueces, sino este esquema no funciona, hay que crear una ética de los jueces. En Alemania los jueces tienen una reputación altísima para el pueblo y pienso que no es posible comprar un juez en Alemania. Sin tribunales independientes, sin jueces no-corrup-tos, no se puede sostener un *Estado de derecho*. Entonces se necesita trabajar mucho en ese asunto.

¿Cómo no idealizar el *Estado social*?

En Alemania hemos establecido como derecho un subsidio mínimo para una vida en dignidad, es decir un techo para la cabeza, alimentación, el derecho al vestido, solamente lo mínimo. Antes, en nuestra Constitución de 1949, habíamos puesto bastantes derechos sociales, incluso el derecho a un departamento de calidad para cada ciudadano. ¿Qué ocurrió? No fue posible proporcionar este derecho, garantizar este derecho. Estos derechos quedaron solamente como frases del programa. No se pueden reclamar en un tribunal y el juez no puede dar este derecho concreto al ciudadano.

Así, podemos escribir bonitas frases en una Constitución pero si no cambia la vida del ciudadano, al final va éste a

quedar muy frustrado. Si la Constitución frustra al ciudadano, no ha llegado a su objetivo, va contra su objetivo.

Ahora en Alemania tenemos los derechos básicos del *Estado social* —derecho al subsidio mínimo para una vida normal— que se pueden reclamar en los tribunales. El *Estado social* tiene importancia para la definición de normas constitucionales que se implementan. Por ejemplo en el derecho de un dueño en contra de su inquilina, el *Estado social* es importante para definir los derechos de las dos partes, no es solo la propiedad lo que importa sino también la situación social en que la inquilina vive.

Pero no todos los derechos se pueden reclamar en los tribunales y esto es bueno porque —por otro lado— la repartición del presupuesto, la discusión sobre cómo se gasta el dinero público es una decisión política: ¿en defensa militar o en escuelas, o en universidades, en hospitales? La gente va a decidir con sus votos, delante de todos, qué prioridad quiere. Por ello es importante dejar estos asuntos abiertos.

Todo lo que usualmente ha hecho una Constitución ha sido fijar el *Estado de derecho* e incluso institucionalizarlo hasta con detalles para defender la libertad y mecanismos de garantía de la libertad. Pero, por el otro lado, tenemos al *Estado social* que es un concepto en desarrollo con el que venimos integrando las preocupaciones de las nuevas generaciones. Desde hace 30 años venimos dándonos cuenta de los problemas de la naturaleza, de los problema de las migraciones... ahora sabemos que se necesita dejar flexible el Estado social, abrir la posibilidad a futuros políticos para definir las nuevas propuestas de acuerdo con las nuevas condiciones.

No cerrar las puertas de la nueva Constitución

Veamos el tema de la igualdad material, en correspondencia con la igualdad frente a la ley. La igualdad frente a la ley es algo castrado porque la gente que ha monopolizado el poder no quiere que el progreso vaya más lejos, puesto que eso implica compartir su riqueza con los pobres. La noción de igualdad material va más allá: quiere repartir la riqueza de toda la gente de un país y la justicia y el legislativo tienen

que ver en ello, pero de un modo diferente cada uno. Es preciso definir claramente si es o no es posible reclamar todos los derechos sociales por los tribunales. Si se define afirmativamente, esto va a despolitizar la sociedad, pero a politizar los tribunales. De ninguna manera es encargo de un juez de definir como debe estar repartida la riqueza del país, éste es un encargo político que necesita del legislativo, de los políticos y de las instituciones.

Mi recomendación es no definir todo en la Constitución, la acción del legislativo debe tener legitimidad para distinguir la situación actual y la futura y buenas formas de solución en cada caso. Por tanto, que además de establecer subsidios mínimos para una vida humana digna, no se normen de modo tan específico otros derechos sociales aunque sí se necesita distinguirlos claramente de los derechos humanos tradicionales, de los derechos civiles.

Aquí retornamos una vez mas a mis recomendaciones sobre garantizar una sociedad abierta, no cerrada. Y crear, si es posible, un texto simple y corto. Mientras más corto sea el texto, más clara va a ser la Constitución. Si la Constitución va a ser un libro muy grande con 400 o 500 artículos, en poco tiempo será vieja y no podrá aportar a la actualidad o al futuro. Este es un peligro sobre el que se necesita reflexionar. Entonces, una de las reglas aconseja ser modestos al tiempo de no cerrar puertas: si las puertas se cierran, la Constitución será, en poco tiempo, obsoleta. Este no es el sentido en la construcción de una Constitución que se ha dicho “para generaciones”. La Constitución alemana tiene 146 artículos y tiene un año menos que yo, 59 años.

Claves de Democracia: un Gobierno que pueda gobernar y gobiernos locales con competencias

Así mismo es muy importante para la democracia garantizar futuros gobiernos legítimos, asegurar que el Gobierno pueda gobernar y no solamente sufrir las fuerzas políticas de la derecha, de la izquierda, arriba y abajo. De cara al gobierno, nosotros hemos tenido una buena experiencia con el *voto de desconfianza constructiva*. “Constructivo” ¿qué quiere decir? En

nuestro sistema quiere decir que no es posible sacar el Jefe de Gobierno sin presentar una nueva mayoría, Esto estabiliza el gobierno. No sé si este mecanismo es aplicable en su sistema.

Lo último es establecer competencias muy claras para los diversos niveles de gobierno. Los gobiernos locales son muy importantes para la democracia porque a nivel local los ciudadanos pueden controlar a las autoridades y gobiernos, algo que a nivel nacional es mucho más difícil. De modo que establecer competencias, en un país como Alemania donde ellos disponen de la mitad del presupuesto público total, es más importante que darles fuentes de ingreso. Si al nivel local solamente se dispone del 2 o 3% del presupuesto nacional, no hay verdaderamente democracia porque la democracia necesita gente que decide, pero también masa para decidir y esto sólo es posible acercando a los ciudadanos las decisiones sobre cómo invertir ese 50% del presupuesto nacional.

Con esto finalizo. El tiempo de trabajo es corto y difícil. Por ello quiero decirles tres cosas: reflexión, sabiduría y suerte!

Muchas gracias.

Diálogos

— **Felicitaciones por la exposición que ha sido bastante clara. Nosotros en el Ecuador tenemos un problema para decidir sobre estados territoriales internos. Me han contado que Alemania, en su Constitución, tiene una disposición con la que el Estado puede modificar un territorio. Yo quisiera una aclaración en este sentido.**

— En Alemania tenemos la posibilidad de crear, rehacer, los límites de las regiones, de los estados que son federales. A decir verdad, tuvimos un ejemplo exitoso en la época en que yo vivía en Alemania. De todas maneras, una reforma para los Estados muy pequeños, que no pueden financiar sus gastos, es un problema. Nosotros tenemos distintos sistemas de solidaridad muy complejos que al final dan a estos estados débiles más dinero que a los estados fuertes. Entonces estos estados no quieren cambiar porque es más cómodo vivir del dinero de los otros que de su propio dinero. Nosotros precisamos reformar estos sistemas de solidaridad y estamos dentro de la Comisión de la Reforma General que en este momento trabaja sobre el financiamiento. Yo espero que pronto vamos a avanzar un poco más.

— **Según entiendo, el señor Thedieck ha esta aquí los últimos 20 años dándonos su sabiduría y sus consejos en estos asuntos de la Constituyente, es decir él ha vivido personalmente por lo menos dos constituyentes**

en las cuales nos ha ayudado. ¿Cuál es mi temor y quisiera saber si también es el suyo? Si usted ya tiene prevista para el año 2018 una nueva Constitución, porque me parece que con lo que estamos haciendo tendremos constituciones para la coyuntura. ¿Como evitar que estas constituciones sean precisamente para la coyuntura?

— Sobre cómo evitar constituciones de coyuntura, pienso que tal vez el objetivo de las constituciones en Europa es distinto que aquí en América Latina. Se ha hecho famosa la Constitución de Colombia, desde hace 10 años tiene buena reputación. Ellos han dejado muchas cosas que puede hacerlas mejor la legislación. Es un tema difícil porque si la gente está en un proceso constituyente, ellos quieren arreglar todo. Pero no se puede fijar el rumbo para todo el tiempo. Se necesita ser modesto. Una Constitución solamente puede ser sostenible, de larga duración, si deja abiertas muchas posibilidades para la legislación futura. Solamente se necesita fijar bien el fundamento del Estado, esas son las instituciones, las atribuciones del Estado, los derechos de los ciudadanos y no más.

De todas maneras no se puede garantizar que en 20 años nuestra situación sea como la actual, entonces mi consejo sería no tener más de 200 artículos, 200 ya es demasiado. En Europa no fuimos tan inteligentes con la Constitución Europea: tiene 400 artículos. Tal vez tengamos otro chance para formular una Constitución más modesta con 100 artículos. Los constituyentes tendieron a poner todos los contratos en la Constitución y ésta fue una equivocación, no ha funcionado.

— ¿Qué política adoptaron en Alemania para que los jueces no se dejen sobornar?

— Para que los jueces no sean corruptos, hay que pensar en cómo se genera la corrupción. Probablemente una sociedad que está corrupta, el problema empieza de arriba. Yo tengo el ejemplo de un ministro de finanzas de Ecuador que se fue con dos maletas llenas de 130 millones de dólares a Panamá.

Ustedes van a recordar su nombre. Si eso ocurre, no se puede esperar que los jueces y los policías no sean corruptos. Entonces, si el gobierno es correcto, es justo, puede exigir que los demás sean correctos, justos y avanzar a penalizar la corrupción. ¿Cómo podemos hacerlo? Tal vez con la pena capital...

— ¿Cómo manejar desde los gobiernos locales el 50% del presupuesto nacional en un marco de debilidad institucional de las municipalidades más pequeñas? ¿Sugiere reagruparlas para fortalecerlas, un incremento gradual de recursos o ir a procesos diferenciados?

— Primero yo no pienso que de la noche al día pueda entregarse el 50% del presupuesto nacional a las municipalidades. Esto debería ser un proceso *paso a paso* y, de todas maneras, si mañana las municipalidades tuvieran un 10% del presupuesto nacional ya sería un éxito. En Africa, el más especializado es el país de Malí y sólo entrega el 2% del presupuesto nacional a los gobiernos locales. No sé donde está en Ecuador, sin embargo hay bastantes ejemplos de entrega del 50% a los gobiernos locales. Por ejemplo, en los Estados Unidos. Ellos tienen, a nivel local, gobiernos fuertes, les inyectan el 50%.

En Alemania los municipios reciben el 30%, y aunque pienso que no son los más preparados, creo que son los espacios más cercanos donde los ciudadanos pueden participar y al mismo tiempo controlar a los representantes políticos municipales. Por eso yo creo que la masa del presupuesto debe ser municipal. Por supuesto *paso por paso*. Aquí hay municipios que pueden recibir enseguida estos recursos, como Quito, Cuenca. Otros necesitan talvez agruparse. De todas maneras, si el municipio es pequeño, el 50% que irá a ellos será pequeño también. Entonces, es vital asegurar que desarrollen capacidades pero también darles confianza, más dinero y hacer seguimiento a los resultados. Yo veo que a este nivel también hay corrupción, pero corrupción hay en todos lados y dar a los ciudadanos la posibilidad de controlar la corrupción es más fácil a este nivel.

— ¿Qué ocurre en tu país cuando no se acata una disposición constitucional?

— En Francia, donde estoy, solamente hay control preventivo, cuando el Consejo Constitucional declara que una disposición o un proyecto de ley violan la Constitución, éstos no pueden entrar en vigor, es automático. Normalmente un gobierno o los diputados del Parlamento presentan o interponen un recurso, ellos no hacen un segundo proyecto. Por otro lado, no hay ninguna posibilidad por parte del Consejo Constitucional de penalizar el no respeto de su resolución. En Alemania es similar. Pero no sucede lo mismo en otros sistemas políticos por lo que se pierde la confianza en los poderes. Por ejemplo en Rusia, penalizar poderes o personas de los partidos estatales que no implementan las resoluciones constitucionales a través de la Corte Constitucional no sirve de nada.

— ¿Cómo evitar la proliferación o el abuso de los amparos constitucionales?

— La Corte Europea para los Derechos Humanos tiene pendientes 80 mil casos de amparo, es un gran problema. Aquí se puede hablar de la muerte de un sistema por el éxito, una paradoja. Tienen que realizar una reforma, actualmente hay una gran discusión sobre ello. Un referente podría ser el sistema americano donde el tribunal es libre de elegir los casos sobre los que quiere decidir. Es un sistema que mira más a la protección general de los derechos de los individuos.

— ¿Pueden presentarse recursos individuales por omisión o sea por la no actuación del Estado?

— Normalmente solo se presentan por actos positivos, por una violación, aunque actualmente hay un desarrollo en la jurisprudencia constitucional que reconoce también violaciones por omisión; por ejemplo en un caso que refiere a la igualdad entre mujeres y hombres se estableció que también las mujeres puedan elegir su apellido como el apellido de la

familia. Durante siglos, solamente el marido podía poner su apellido. La protección de la mujer fue posible a través de una reforma de la ley que admite también el apellido de la esposa como apellido de la familia. Entonces, si el legislador no reforma el código civil en este punto, es una violación por omisión.

Ahora, muchos casos en la Corte Constitucional suponen una violación de los derechos fundamentales por omisión del legislador. Naturalmente aquí tenemos una situación más difícil, la implementación depende mucho de la colaboración del Parlamento.

Otro problema refiere a los derechos sociales. Pensemos en los sindicatos en Alemania. Cuando hay una restricción al derecho de huelga, ésta no es solamente una restricción al trabajador sino también a los derechos de esa colectividad. Entonces ellos pueden interponer un recurso de inconstitucionalidad pero siempre tienen que demostrar que se sienten violados en sus derechos fundamentales. Es muy importante este concepto de los derechos fundamentales para el Tribunal Constitucional, porque es el que fundamenta la protección del individuo contra el Estado. Por esta misma razón no es posible interponer un amparo contra un individuo. Sin embargo, hoy en día existe una interpretación de los derechos fundamentales en el sentido no solamente de asegurar una protección frente al Estado sino también en el sentido de que el Estado debe tomar medidas para proteger adecuadamente a la gente. Por ejemplo en lo que concierne a la protección de refugiados, el Estado es obligado a establecer procedimientos que garanticen la protección a los migrantes.

Otra innovación también refiere a las decisiones del Tribunal Constitucional respecto a derechos sociales, por ejemplo en el caso de los impuestos. Antes, en Alemania, estábamos simplemente obligados a pagar los impuestos. Hace más o menos 10 años, la Corte decidió que se tiene que tomar en cuenta la posición de las familias, sus obligaciones respecto de sus hijos y el nivel de sus salarios para decidir si debe o no imponerle impuestos.