

NOTAS



PANDEMIA, DERECHOS SOCIALES Y MINORÍAS

Anna Mastromarino

0039 3473801893

anna.mastromarino@unito.it

Università di Torino

Sumario:

I. EMERGENCIA SANITARIA Y CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO. II. LOS DERECHOS SOCIALES FRENTE AL COVID-19. III. PANDEMIA, DERECHOS SOCIALES, PROTECCIÓN DE MINORÍAS. IV. CONCLUYENDO.

165

RESUMEN

Mientras nos hallamos todavía en una condición de emergencia debida a la difusión del virus COVID-19, merece la pena empezar a reflexionar sobre los efectos de la pandemia respecto a la protección de los derechos en las llamadas democracias constitucionales, sobre todo por lo que concierne los derechos sociales y su garantía frente a las minorías.

Palabras clave:

Democracia constitucional, pandemia, derechos sociales, minorías.

ABSTRACT

PANDEMIC, SOCIAL RIGHTS AND MINORITIES

We are still fighting against Corona virus and its effects in a global emergency situation. In any case, it is appropriate to begin rethinking some legal concept and reflect upon impact of the pandemic on democracy and rights. Especially, we can wonder what has changed with regard to social rights application and its protection in favour of minorities.

Key Words:

Key Words: constitutional democracy, pandemic, social rights, minorities.

I. EMERGENCIA SANITARIA Y CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO.

Es indudable que la respuesta de los estados frente a la emergencia generada por la difusión del virus COVID-19 ha engendrado, allá donde se mire, un estado de tensión institucional¹.

Sin embargo, no cabe la menor duda de que la gestión de la emergencia dentro del marco de lo “democráticamente permitido” se convierte en una tarea mucho más pesada porque no puede prescindir de límites, de controles, de balances entre los poderes, de consenso. Incluso recurriendo a medidas de urgencia, un Estado democrático constitucional tiene que preferir extender el tiempo necesario para tomar una decisión, en vez de permitir la consolidación de poderes personales. Esto porque en los Estados constitucionales democráticos, incluso en condiciones de emergencia, el objetivo no cesa de ser la salvaguardia de sus valores y la limitación de poderes, mientras los sistemas que no corresponden al modelo democrático liberal se pueden conformar con guardar su propia existencia política, incluso renunciando a los (escasos) valores reconocidos en su sistema constitucional.

Podemos insistir sobre el punto afirmando, en particular, que un Estado que pretende permanecer fiel al perfil que corresponde al modelo del constitucionalismo democrático tiene que respetar previamente algunas condiciones de existencia.

Partimos con decir que en un sistema constitucional democrático en todo momento solo la Constitución, y no la necesidad en sí misma, puede ser considerada como fundamento de la cadena normativa que se va desarrollando. Ni podría ser de forma diferente, considerado que admitir la necesidad como fuente autónoma de derecho sería realmente incompatible con la idea de supremacía de la Constitución y con su naturaleza rígida².

Es sabido que, además del contenido de la respuesta en sí misma, es el marco jurídico en el que se realiza la respuesta a la emergencia lo que caracteriza al Estado constitucional democrático. En este sentido, la emergencia no tiene poder de suspensión del estado constitucional, ni representa una alternativa a las dinámicas de la democracia constitucional³. Más bien, la emergencia representa una casualidad que el Estado tiene que gestionar respetando la Constitución y sus límites. La emergencia, por extraordinaria que sea, no se pone fuera del contexto constitucional: si no se pueden prever las circunstancias, sí se pueden codificar los actos a través de los cuales las instituciones reaccionan, tratando de “constitucionalizar” el contexto “extra ordinem”.

De otra forma estaríamos abandonando el terreno de la democracia constitucional por aventurarnos en otros escenarios donde el estado de excepción puede poner en riesgo el ejercicio de los derechos constitucionales⁴.

Lo que vamos diciendo nos lleva de inmediato a formular otra clase de reflexiones acerca del sistema de garantía de los derechos fundamentales en tiempos de pandemia, sin duda estresado por la crisis que estamos viviendo.

1 Cfr. A. MASTROMARINO, «La respuesta a la emergencia Covid-19: el caso italiano», en P. Biglino Campos, F. Durán Alba (Dirs.), *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

2 Véase en este sentido M. LUCIANI, «Il sistema delle fonti di diritto alla prova dell'emergenza», en *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n.2, 2020, p. 113.

3 R. RAVÍ PINTO, «Brevi considerazioni su Stato d'emergenza e Stato costituzionale», en *Biola Journal, Special Issue*, n.1, 2020, p.45, recuerda que la: «decisione intorno all'emergenza è, come si è appurato, comune allo Stato democratico e a quello non democratico; la risposta allo shock che l'emergenza impone distingue le due forme di Stato. Proprio nella graduazione delle misure e nelle limitazioni dei diritti fondamentali si apprezza il bilanciamento tra valori fondamentali: lo Stato costituzionale non può rinunciare mai fino in fondo ai suoi valori costitutivi (costituzionali appunto), anche di fronte al caso imprevedibile e come tale «non previsto, cioè non descritto dall'ordinamento giuridico vigente», cioè, non può contraddire le sue premesse, ma può (e, per continuare a definirsi tale, deve) limitarne l'efficacia nel tempo e nello spazio, e ciò nella misura strettamente necessaria a contenere e risolvere il caso critico».

4 Cfr. G. SILVESTRI, «Covid-19 e Costituzione», en www.unicost.eu, 10 de Abril 2020: «Lo stato di eccezione schmittiano ... presuppone invece uno spazio vuoto, deregolato e riempito dalla volontà del sovrano, inteso come potere pubblico liberato da ogni vincolo giuridico e capace di trasformare istantaneamente la propria forza in diritto».

Realmente, la emergencia ha empujado al estado de derecho hacia unos límites extremos. Es verdad que hemos asistido a un trastorno del sistema de fuentes, cuya legitimidad hemos tratado de asegurar a través de la continua referencia al principio de legalidad, que en algunos casos ha sido reducido a un imperceptible hilo capaz de validar la acción del ejecutivo; y es indudable que hemos aceptado que la mayoría de los derechos fundamentales pudiesen ser casi neutralizados con el fin de proteger el derecho a la vida de los ciudadanos, sobre todo de aquellos más frágiles. Pero no podemos olvidar que, permaneciendo fieles a los principios del constitucionalismo democrático y de forma coherente con la idea de que la constitución sigue siendo el cimiento del sistema, a pesar de una condición de emergencia, esta situación puede ser aceptada solo reafirmando algunas premisas.

En primer lugar acerca del control jurisdiccional de los actos adoptados (especialmente por lo que concierne la justicia administrativa⁵), que no cesa de ser activo a pesar de las dificultades del momento y, aunque demorándose un poco más, no deja de asegurar la conformidad constitucional de la acción política, sobre todo cuando afecta a las libertades de los ciudadanos.

Además garantiza que los límites que se imponen a los derechos fundamentales sean fruto de un balance y no consecuencia de su suspensión. Si, como hemos recordado, la suspensión de los derechos no tiene ciudadanía en un sistema de democracia constitucional maduro, ni siquiera frente a la posibilidad de declarar un estado de excepción siendo sus premisas y connotaciones constitucionalmente definidas, debemos concluir que la limitación de los derechos no afecta su titularidad sino la intensidad de su goce, que puede verse restringido, a lo mejor, pero solo a causa del balance entre las diferentes libertades en juego. Lo cual nos obliga a sopesar las circunstancias del contexto al fin de no reducir unos derechos en favor de otros sin justificar las restricciones.

Le corresponde al juez averiguar que la ponderación sea correctamente llevada a cabo, habido cuenta, día a día, de las circunstancias concretas, al fin de no reducir más de lo debido el ámbito de fricción de las libertades constitucionales. Es evidente que, a pesar del riesgo para la salud por el que estamos pasando, queda espacio para averiguar que las restricciones sean ponderadas y no injustificadas (como podría ocurrir en el caso del derecho a la privacidad a través de una recogida de datos arbitraria); así como sigan siendo garantizados aquellos derechos cuyo goce no afecta directamente la difusión del contagio, como en el caso del derecho a ser informados de forma plena y verdadera.

Igualmente queda en mano del sistema jurisdiccional acertar que el nivel de calidad de los derechos siga siendo aquello que se pretende por parte de un Estado que, como los objetivos del constitucionalismo democrático imponen, pone en el centro de su actividad la dignidad humana. Lo cual nos lleva a no bajar la guardia en particular respecto al nivel de protección de los derechos sociales con el fin de asegurar que el momento tan difícil que estamos viviendo no impida cuidado, solidaridad, apoyo hacia los que se encuentran desprotegidos socialmente y económicamente, deshumanizándonos.

II. LOS DERECHOS SOCIALES FRENTE AL COVID-19

La doctrina jurídica no cuenta con una definición compartida de la categoría de los derechos sociales. Sin embargo en el contexto del constitucionalismo democrático esta clase de derechos ha ido tomando algunos rasgos peculiares que subliman su naturaleza de medio para intentar encajar el conflicto económico y social dentro del marco constitucional.

En este sentido, considero muy poco satisfactoria la afirmación más tradicional según la cual los derechos sociales se diferencian de los demás derechos por ser derechos “positivos”, o sea por ser derechos que para su goce suponen una imprescindible intervención del Estado, oponiéndose así a las llamadas libertades negativas cuya esencia se funda en la pretensión de inacción por parte de los poderes públicos.

Bajo la perspectiva del Estado constitucional contemporáneo, efectivamente, las expectativas respecto a la esfera de los derechos sociales se hacen mucho más altas.

5 ...Habida cuenta de que los decretos del Presidente del Consejo de Ministros son actos del ejecutivo que no pueden ser impugnados frente a la Corte constitucional italiana al no tener rango legal.

Y eso porque dentro del constitucionalismo democrático no podemos limitarnos a considerar los derechos sociales en términos de antagonismo respecto a los derechos de libertad: más bien hay que reconocer que su esencia profunda se funda exactamente en una idea de libertad, mejor dicho de liberación.

No cabe la menor duda de que detrás de los derechos sociales haya la pretensión de obligar al Estado a una acción redistributiva, con el fin de asegurar condiciones de vida que permitan a cada sujeto autodeterminarse libremente, sin ser sometido a un estado de necesidad que limita sus esperanzas y posibilidades⁶.

En este sentido hablamos de los derechos sociales como de derechos de emancipación, que, acompañándose a los derechos de matriz liberal, terminan por transformar las constituciones en espacios de liberación además de libertad.

No nos olvidemos de que el constitucionalismo democrático entre sus propósitos no tiene el de asegurar la libertad en términos absolutos y objetivos. Más bien su fin es permitir la definición de un proyecto concreto y común de libertad en cuya realización participan todos los ciudadanos de forma consciente y voluntaria.

Se va matizando la tradicional dicotomía entre libertades negativas y derechos positivos en favor de una visión constitucional de conjunto, dedicada a la protección de la dignidad humana, en la que estos últimos están pensados para liberar al hombre de las dificultades materiales para que así pueda expresar de la mejor forma posible su personalidad y desarrollar su libertad.

Esta perspectiva nos ayuda a enfocar el tema del goce de los derechos sociales en tiempos de pandemia a partir de una óptica diferente.

Si derechos sociales y libertad negativas forman parte del mismo proyecto constitucional siendo dos caras de la misma moneda, está claro que en ningún momento las medidas de emergencia adoptadas, por urgentes que sean, pueden determinar una transformación radical de su esencia. En particular, siendo los derechos sociales medios para garantizar el pleno desarrollo de la personalidad, en todo momento el sistema tendrá que garantizar el goce de derechos sociales de alto nivel, que respetan la dignidad humana en todos sus aspectos. No nos podemos conformar con averiguar si los derechos sociales han sido reconocidos de forma más o menos plena. Siempre, y sobre todo en tiempos de pandemia, hay que averiguar también que el nivel de reconocimiento otorgado sea alto, adecuado para proteger no tan solo la vida de hombres y mujeres, sino, más bien, una forma de vida digna, por lo que concierne todos sus aspectos. El amparo del derecho a la salud, el reconocimiento del derecho a la vivienda, la protección del derecho a la educación... no pueden reducirse a meros actos formales del Estado, sin asegurar su calidad. No se asegura plenamente, por ejemplo, el derecho a la vida si, al mismo tiempo, no se asegura la protección de aquellos derechos que sin afectar la salud, permiten al individuo de vivir la enfermedad y la terapia en conformidad a su identidad cultural o religiosa; así como no cumplimos con los principios del constitucionalismo democrático si no aseguramos que puedan ser puestas en marcha todas esas políticas de solidaridad hacia los que se encuentran desprotegidos socialmente y económicamente, garantizando acciones de salvaguarda; finalmente no estamos protegiendo el derecho a la educación si nos detenemos a un análisis meramente cuantitativo de los datos acerca de la continuidad del año escolar sin preguntarnos algo más sobre la calidad de la enseñanza y los medios a disposición de los alumnos para llevar a cabo su aprendizaje.

Las condiciones de descuido en las que han caído lugares como las cárceles, los asilos de ancianos y los centros de migrantes en las semanas de confinamiento, así como el nivel de pobreza y dificultad que están viviendo algunas familias demuestran una vez más como los grupos vulnerables están condenados a vivir una emergencia en la emergencia, viendo empeorar su condición de postergados entre los postergados. Poco vale hablar de derechos en tiempos de pandemia si no averiguamos su respecto y su nivel de goce. Mejor dicho: poco vale hablar de derechos sociales si las prestaciones aseguradas cesan de ser espacios de liberación y ocasión de desarrollo del individuo para convertirse en acciones que aseguran la mera supervivencia de los ciudadanos.

6 Sobre el fundamento de valor de los derechos sociales véase A. BALDASSARRE, «Diritti sociali», en *Enc Giur.*, Treccani, Roma, 1989, 7 ss. Además: F. POLITI, «Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana», Giappichelli, Torino, 2011.

III. PANDEMIA, DERECHOS SOCIALES, PROTECCIÓN DE MINORÍAS.

Lo que vamos diciendo nos permite detenernos a reflexionar un poco más sobre el vínculo que une la emergencia sanitaria, los derechos sociales y la protección de las minorías.

Todavía no podemos contar con una literatura acerca de las efectivas secuelas (¿inevitables?) que la situación que estamos viviendo tendrá de forma definitiva sobre el sistema de los derechos humanos. Por ahora nos limitamos a subrayar las restricciones que la necesidad de contener el contagio ha determinado a lo que concierne el goce de las libertades fundamentales, sin saber si y como estas condiciones urgentes de emergencia terminarían por influenciar de forma definitiva la esfera de los derechos humanos. Lo que seguramente podemos empezar a señalar es la emersión de una conexión muy fuerte entre pandemia y fortalecimiento del nacionalismo...con todo lo que esto quiere decir en términos de limitación de los derechos culturales, lingüísticos, ancestrales... y respecto al incremento de políticas y prácticas de exclusión que causan el crecimiento de fenómenos de intolerancia, racismo, desconfianza y del miedo social⁷.

Asistimos a la progresiva regresión de una reflexión compartida que en los últimos años había llevado a la doctrina a razonar en términos de pluralismo, de estados plurinacionales, de multiculturalismo e interculturalismo, dejando de un lado la perspectiva del Estado nación y sus ataduras, por ejemplo en lo que concierne al contenido más tradicional del concepto de ciudadanía.

Efectivamente, con el tiempo, el marco del constitucionalismo democrático ha obligado a una gradual revisión de la perspectiva bajo la cual llevar al cabo el análisis del concepto de ciudadanía, por mucho tiempo vinculado especialmente a rasgos culturales a través de los cuales determinar la afiliación nacional.

Es innegable que el concepto de nación se forja a partir de algunos elementos, como la religión y la lengua, que terminan por definirlo culturalmente, de manera que la misma categoría de ciudadanía ha quedado vinculada por mucho tiempo a valores culturales, a tradiciones, a memorias históricas compartidas, más que a un estatus burocrático.

Sin embargo, con el tiempo, hemos asistido a una transformación progresiva del paradigma estatal, que se ha ido alejando de la perspectiva mono-nacional para ir ajustándose a un perfil multinacional, conforme a las pretensiones del constitucionalismo democrático y, a la vez, capaz de enfrentarse a desafíos del siglo XXI como la globalización, las migraciones masivas, la consolidación del papel jugado por las organizaciones supranacionales y por el derecho internacional o el afianzamiento de una economía global que facilita la difusión de habitus culturales trans-nacionales⁸.

Este cambio ha determinado también una modificación de la forma de entender la ciudadanía a través de la reconsideración de sus fundamentos teóricos. Si por mucho tiempo la palabra ciudadanía ha sido considerada sinónimo de nación, hay que reconocer que en los últimos años ha ido tomando un perfil mucho más complejo, que tiene mucho que ver con la relación entre individuo, política e instituciones.

Esta des-nacionalización de la ciudadanía ha llevado a la doctrina a hablar de ciudadanía post-nacional, multinacional, transnacional, para subrayar, por un lado, la insuficiencia del concepto de nación para asegurar, hoy en día, plena libertad, igualdad o participación civil, por el otro la necesidad de ir más allá de la idea tradicional de ciudadanía, aún más si nos detenemos a pensar en los enormes cambios de estructura hacia los cuales nos empuja, en este sentido, el espacio europeo. Sin renunciar a la perspectiva identitaria, que se puede fundar en un patriotismo civil, del que mucho habla Habermas, podemos imaginar que la afiliación se vaya construyendo a partir de valores comunes más que ser una cuestión de pedigrí cultural.

Bien: es indudable que las condiciones de emergencia en las que nos estamos hallando han determinado una evidente regresión por lo que concierne la posibilidad de reflexionar sobre el concepto de ciudadanía fuera del marco de la idea de nación. Sin embargo lo que preocupa no es tan solo esta regresión si no más bien los efectos que esta regresión lleva consigo en términos de amparo de los derechos de las minorías.

7 Cfr. F. BIEBER, «Global Nationalism in Times of the COVID-19 Pandemic», *Nationalities Papers*, Special Issue, 2020.

8 S. SASSEN, «Towards Post-National and Denationalized Citizenship», en E. F. Isin, y B. S. Turner (Eds.), *Handbook of Citizenship Studies*, Sage, London, 2002, p. 277; D. TAMBINI, «Post-national citizenship, Ethnic and Racial Studies», 24:2, 2001, p. 195.

Como ha recordado el Secretario General de Naciones Unidas, Antonio Guterres: «Vemos los efectos desproporcionados en ciertas comunidades, el aumento del discurso de odio, los ataques a grupos vulnerables y el riesgo de que la mano dura en las respuestas en materia de seguridad socave la respuesta sanitaria. En un contexto de etnonacionalismo, populismo y autoritarismo en aumento, al tiempo que se produce un retroceso en los derechos humanos en algunos países, la crisis puede servir de pretexto para adoptar medidas represivas con fines no relacionados con la pandemia. Esto es inaceptable»⁹.

El cierre de las fronteras para detener el contagio ha ido afianzando la postura de los nacionalistas, que alimentan políticas de protección y exclusión. En los discursos nacionalistas y populistas el miedo hacia lo desconocido y el intercambio, que el virus de forma inevitable alimenta, se ha de pronto convertido en miedo hacia todo lo que ignoramos, o sea también hacia lo que es diferente y finalmente hacia “el extranjero”. Según una típica dinámica populista, que consiste en la búsqueda permanente de un enemigo, en estos meses hemos asistido a la construcción de un nuevo paradigma nacionalista y a una progresiva transposición del miedo al virus en miedo hacia los que pertenecen a comunidades diferentes respecto a la mayoría, peligrosos, como el virus, porque son desconocidos.

Las políticas interculturales que favorecen el descubrimiento de las diferencias y el fortalecimiento de vínculos sociales entre grupos culturales necesitan tiempos largos para desarrollarse a través del diálogo, la búsqueda de compromisos, de la comprensión: la urgencia que caracteriza el proceso de decisión de estos meses se caracteriza al revés por necesitar tiempos rápidos para actuar. A lo dicho se añade una situación de inevitable competencia que alimenta odio e intolerancia: la reducción de los recursos disponibles alimenta la disputa entre las clases más bajas de la sociedad fomentando el enfrentamiento más que la solidaridad.

Consecuencia evidente del binomio pandemia-nacionalismo es la progresiva reducción del nivel de los derechos reconocidos a las minorías, al ser derechos etnieconómicos porque suponen un alto coste en términos de tiempo y recursos sin ser rentables desde el punto de vista electoral y sin ser entendidos en su valor social por la mayoría.

El cuadro general nos ofrece un panorama muy poco tranquilizante. Resalta la fragilidad de los proyectos de inclusión y reconocimiento de las diferencias de nuestros sistemas que en la tarea de amparo de las minorías parecen haber sido animados por un espíritu paternalista, más que por una verdadera voluntad de apoyar el pluralismo social y las relaciones interculturales.

El aspecto casi folklórico de las políticas de protección de las minorías parece prevalecer sobre los objetivos de integración que tendrían que animar al legislador, así que en tiempos de emergencia, o sea en tiempos en los que los recursos son escasos, los derechos culturales en vez de ser considerados un eje fundamental del sistema terminan por ser tratados como un lujo que nos podemos permitir solo cuando sobran bienes y medios.

La pandemia se ha demostrado un formidable amplificador de las fragilidades de nuestras sociedades: un amplificador de las fragilidades de los grupos vulnerables.

Los ámbitos para sufragar esta afirmación no faltan: derecho a la educación, derecho de acceso a la información vinculado con la protección de los derechos lingüísticos, derecho a la vivienda digna, conectado con otros aspectos que afectan la vida familiar, derecho de acceso a los bienes de primera necesidad.

IV. CONCLUYENDO.

Lo que estamos viviendo nos desafía para el futuro: cada crisis supone un cambio. Depende de nosotros elegir la naturaleza y la dirección de los cambios que queremos introducir. Puede que la emergencia que estamos viviendo se convierta en una ocasión para enderezar el curso del estado de derecho, fortaleciendo esos puntos débiles del sistema que ya hace tiempo se están manifestando; al contrario, puede que la pandemia dé un duro golpe a los pilares de la democracia liberal. Nada está decidido, todo queda en nuestras manos. En las manos de los juristas sobre todo.

9 Consultable en <http://www.oacnudh.org/retroceso-en-los-derechos-humanos-por-pandemia-es-inaceptable-guterres/>

Realmente estoy convencida de que el verdadero desafío en términos de democracia y protección de derechos será lanzado mañana, cuando la situación se vaya apaciguando.

Será mañana, efectivamente, cuando podamos averiguar las consecuencias que se habrán desprendido a partir de esta indigestión de poder ejecutivo y los cambios que se habrán producido. Mañana podremos medir la solidez de nuestros sistemas democráticos, si serán capaces de dar pasos atrás después de tantos pasos adelante con deterioro de la libertad de los ciudadanos.

Hay que vigilar que el estado de necesidad al cesar la emergencia se agote, llevándose consigo todo su aparato normativo de urgencia, sin resacas de autoritarismo, sin extender más las restricciones de la libertad de los ciudadanos.

El jurista está llamado hoy a prestar atención a algunas inquietudes que van surgiendo, pero más aún está llamado mañana a velar para que esas inquietudes no encuentren terreno fértil para echar raíces.

Lo que hoy parece necesario, mañana tiene que volver a ser superfluo. El peligro es que, aprovechando los tiempos difíciles que estamos viviendo, nos caiga encima una temporada en la que las conocidas democracias liberales ya no nos parezcan tan indecentes, sino más bien indispensables para nuestra seguridad; una temporada en la que el miedo nos haga sacrificar nuestro patrimonio de derechos a cambio de unas supuestas tranquilidad y garantía.

Allí tendrá que estar el jurista, defensor de la Constitución, de sus mecanismos, de sus garantías, de sus derechos.