

Gerardo  
Pisarello

EDITORIAL  
TROTTA

# Los derechos sociales y sus garantías

Elementos para una reconstrucción

GERARDO PISARELLO LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS GARANTÍAS

ISBN 978-84-8164-894-2



9 788481 648942

Universidad Complutense

H/D

742.75

La caracterización de los derechos sociales como derechos de los sujetos más débiles o en mayor situación de vulnerabilidad, explica que su reivindicación y su consagración jurídica recluten partidarios entre quienes poseen una sensibilidad igualitaria. Lo cierto, sin embargo, es que el reconocimiento positivo de los derechos sociales está lejos de haberlos convertido en expectativas plenamente exigibles frente al poder, o en instrumentos aptos para asegurar las necesidades básicas y la autonomía de sus destinatarios. Aunque la vulneración de los derechos sociales obedece sobre todo a las desigualdades de poder existentes en la sociedad, se explica también por la percepción devaluada que se tiene de ellos en relación con otros derechos considerados fundamentales. La porfiada vigencia, entre los operadores jurídicos, de la tesis de los derechos sociales como simples principios rectores o como derechos no justiciables, es sólo una de las pruebas de esa arraigada concepción.

Este libro explora de manera crítica algunos de los argumentos que dan cobertura a la tesis de la «minoría de edad» de los derechos sociales en cuatro niveles discursivos: el de historia de los derechos, el de filosofía normativa, el de teoría jurídica y el de la dogmática constitucional. Asimismo, ofrece elementos para repensar sus garantías políticas y jurídicas desde una perspectiva genuinamente democrática, participativa y multinivel.

LA BIBLIOTECA FOLIA

H/D  
342.734  
PIS

Los derechos sociales y sus garantías.  
Elementos para una reconstrucción

Gerardo Pisarello

E D I T O R I A L T R O T T A



BIBLIOTECA



0000411701

CONTENIDO

<i>Agradecimientos</i> .....	9
1. Introducción. La crítica de la percepción dominante de los derechos sociales como presupuesto para su reconstrucción garantista y democrática.....	11
2. La crítica de la percepción histórica: la tesis de los derechos sociales como derechos generacionalmente posteriores a los derechos civiles y políticos.....	19
3. La crítica de la percepción filosófico normativa: la tesis de los derechos sociales como derechos axiológicamente subordinados a los derechos civiles y políticos.....	37
4. La crítica de la percepción teórica: la tesis de los derechos sociales como derechos estructuralmente diferentes a los derechos civiles y políticos.....	59
5. La crítica de la percepción dogmática: la tesis de los derechos sociales como derechos de tutela debilitada en relación con los derechos civiles y políticos.....	79
6. Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel.....	111
<i>Índice</i> .....	139

© Editorial Trotta, S.A., 2007  
Fanzos, 55. 28008 Madrid  
Teléfono: 91 543 03 61  
Fax: 91 543 14 88  
E-mail: editorial@trotta.es  
<http://www.trotta.es>

© Gerardo Pisarello, 2007  
ISBN: 978-84-8164-894-2  
Depósito Legal: M. 5.822-2007

Impresión  
Fermónñez Ciudad, S.L.

## AGRADECIMIENTOS

Este libro retoma reflexiones emprendidas hace ya tiempo sobre los derechos sociales y su actual estatuto jurídico y político. Muchas de ellas han sido discutidas en seminarios y cursos de licenciatura y doctorado en Europa y América Latina. Sus tesis de fondo, sin embargo, se nutren de viejos demonios biográficos. Deben mucho, por ejemplo, al contacto con movimientos sociales que han consagrado lo mejor de sus energías a resistir el proceso de mercantilización de diferentes esferas de la vida, típico de nuestra época, y a anticipar, con sus prácticas, formas alternativas de socialización.

Más que a una exposición exhaustiva, las páginas que siguen aspiran a reconstruir de manera sintética y pedagógica los principales asuntos en torno a los cuales ha girado el debate reciente sobre los derechos sociales. La mayoría de ellos han sido abordados con mayor complejidad y enjundia en diferentes ensayos jurídicos, filosóficos y políticos aparecidos en los últimos años. Aquí, simplemente, se intenta sistematizar algunos elementos de ese debate y ofrecer otros que permitan proseguir la discusión.

Muchas personas han influido, de manera directa o indirecta, en el contenido y, sobre todo, en la actitud con la que se ha querido escribir estas líneas. Entre ellas figuran, sin duda, Luigi Ferrajoli, Carlos de Cabo, Javier de Lucas, Antonio Baylos, Miguel Ángel Aparicio, María José Añón, Ruth Mestre, Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Ramón Cape-lla, José Antonio Estévez, José Asensi, Gonzalo Maestro, Miguel Ángel García Herrera, Luis Prieto, Christian Courtis, Antonio de Cabo, Xavier Pedrol, Marco Aparicio, Rodrigo Gutiérrez, Ignacio Anitua, Marta Monclús, Joaquín Herrera Flores, Jaume Asens, Víctor Abramovich, Sebastián Tedeschi, Roberto Gargarella y Julieta Rossi.

Aniza García, Ana Sánchez Urrutia, Ricardo García Manrique, Asier Martínez, Andree Viana, Guillermo Escobar, Celeste Braga Beatove, Claudia Costa Almada Lima y Natalia Caicedo también leyeron diferentes versiones de esta monografía y proporcionaron valiosas indicaciones para mejorarla. Sólo las propias limitaciones explican que no se hayan aprovechado de manera adecuada. Vanesa Valiño puso, además de su agudo sentido crítico, la paciencia, el humor y la contención afectiva necesarios para que este proyecto no se postergara de manera indefinida.

Barcelona, noviembre de 2006

## 1

## INTRODUCCIÓN. LA CRÍTICA DE LA PERCEPCIÓN DOMINANTE DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO PRESUPUESTO PARA SU RECONSTRUCCIÓN GARANTISTA Y DEMOCRÁTICA

Habitualmente, los derechos sociales se presentan como expectativas ligadas a la satisfacción de necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la vivienda, la salud, la alimentación o la educación<sup>1</sup>. Para los poderes públicos, e incluso para los particulares, el reconocimiento de estas expectativas en constituciones y tratados internacionales comporta obligaciones positivas y negativas, de hacer y de no hacer, ligadas a la satisfacción de las mismas.

En la medida en que los bienes que protegen tienen que ver con la supervivencia y con el disfrute de las condiciones materiales que posibilitan el ejercicio real de la libertad o de la autonomía, la reivindicación de derechos sociales interesa potencialmente a todas las personas. Pero incumbe, de manera especial, a los miembros más desaventajados de la sociedad, cuyo acceso a los recursos en juego suele ser residual y, no pocas veces, inexistente<sup>2</sup>. Esta caracterización de los derechos sociales como derechos de los más necesitados explica que su reclamo y su con-

1. La expresión «derechos sociales» pertenece sobre todo al ámbito de la filosofía política y jurídica y del Derecho constitucional. En el Derecho internacional, en cambio, suele ser más usual la fórmula «derechos económicos, sociales y culturales». A lo largo de estas líneas, ambas se utilizarán de manera indistinta.

2. El siglo XX ha acabado con una marca simbólica posiblemente peor que el siglo XIX: un coeficiente global de Gini que arroja una desigualdad del 0,67%, es decir, una situación en la que un tercio de los habitantes del planeta, de manera aproximada, concentra todos los recursos, mientras que los dos tercios restantes no tienen prácticamente nada. Los últimos informes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) revelan que estas desigualdades no sólo han crecido en los países empobrecidos sino también en los países ricos.

A pesar de su carácter anticipatorio, el golpe decisivo asestado a los dispositivos de compensación e inclusión generados a partir del último tercio del siglo XIX no vendría de esta crítica democrática e igualitaria, sino de la «contrarreforma» liberal conservadora emprendida en los años setenta y cuyos efectos no han hecho sino prolongarse hasta el presente.

De acuerdo con este punto de vista, las políticas sociales tradicionales serían fuente inevitable de burocratización y despilfarro, y los derechos a ellas ligadas, ceptos que construyen la eficacia económica y las libertades personales. Lo que se propugna, en consecuencia, es un regreso a los principios inspiradores del liberalismo decimonónico fundado, entre otros elementos, en la restauración del carácter tendencialmente absoluto de los derechos de propiedad y de las libertades de mercado. Esta restauración, sin embargo, no sólo no ha reparado las patologías presentes en los estados sociales tradicionales, sino que ha erosionado de manera persistente sus elementos más garantistas e igualitarios.

A results de ello, pese a la vigencia formal e incluso a la extensión de los derechos sociales en muchas constituciones y tratados internacionales, lo que en la práctica se ha impuesto es su progresivo vaciamiento normativo a manos de una nueva *lex mercatoria*, cada vez más global, que ha debilitado de manera sensible su eficacia vinculante y, con ello, el alcance mismo del principio democrático y del Estado de derecho<sup>5</sup>.

De esta manera, los estados sociales tradicionales, lejos de convertirse en auténticos estados sociales constitucionales, han operado a menudo como simples estados legislativos y administrativos residuales, preñados de elementos autoritarios y orientados, entre otros aspectos, a disciplinar la pobreza y a asegurar el «orden» y la «seguridad pública»<sup>6</sup>.

Con pocas excepciones, el núcleo duro de las políticas sociales emprendidas tras la crisis de los estados sociales tradicionales no ha permitido la garantía de derechos generalizables, es decir, de expectativas estables sustraídas a la coyuntura política e indisponibles para los poderes de turno. Más bien, ha propiciado intervenciones selectivas que, más que a igualar a los desiguales, han tendido a operar como conce-

5. J. A. Estévez Araujo, *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 115 ss.; M. P. Lafranchi, «Les droits sociaux fondamentaux dans le droit applicable au commerce international», en J.-Y. Chérot y T. Van Regen (dirs.), *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pp. 59 ss.

6. C. de Cabo, *Contra el consenso. Estudios sobre el constitucionalismo de la crisis del Estado social*, UNAM, México, 1997. La conexión entre recorte del estado social y fortalecimiento del estado penal ha sido recordada recientemente por L. Wacziarg, *Castigar a los pobres. El nuevo gobierno de la inseguridad social*, trad. de L. Bigorra, Edicions de 1984, Barcelona, 2006, sobre todo, pp. 59 ss.

sagración jurídica suelen reclutar partidarios entre quienes poseen una sensibilidad igualitaria.

Lo cierto, sin embargo, es que el reconocimiento positivo de los derechos sociales está lejos de haberlos convertido en expectativas plenamente exigibles o en instrumentos aptos para satisfacer las necesidades básicas de sus destinatarios.

Tanto los estados sociales reformistas, dentro del capitalismo, como los del «socialismo real», supuestamente fuera de él, permitieron embriagar poderes privados hasta entonces absolutos y desmercantilizar parcial o totalmente la provisión de ciertos recursos básicos para la supervivencia de las personas<sup>7</sup>. Pero estas experiencias se vieron con frecuencia condicionadas en su alcance democrático y en su capacidad de inclusión social tanto por factores externos como internos.

El grado de satisfacción de los derechos sociales, sobre todo en las zonas privilegiadas del planeta, ha estado a menudo ligado a las asimétricas relaciones de poder existentes entre los países y zonas centrales y los países y regiones periféricas. El acceso, en consecuencia, de los habitantes de los países ricos a niveles crecientes de consumo, incluso bajo la forma de derechos, ha tenido lugar, en parte, al precio del empobrecimiento de los pueblos y regiones más vulnerables y de la negación de derechos básicos a las generaciones futuras.

Desde el punto de vista interno, por su parte, las actuaciones institucionales que permitieron a los estados sociales poner en marcha políticas que compensaran los efectos excluyentes del desarrollo económico fueron por lo común reacias a aceptar controles políticos, jurídicos y sociales sólidos, lo que las volvió abiertamente vulnerables al asalto de poderes privados y burocráticos de diversa índole.

Esta proclividad de los estados sociales de posguerra a establecer garantías atenuadas de los derechos y a internalizar prácticas de inclusión limitadas fue objeto de denuncia desde una perspectiva antisexistista y antirracista, así como por parte de aquellos trabajadores excluidos del llamado «pacto fordista keynesiano»<sup>8</sup>.

3. La imagen de los derechos sociales como instrumentos de desmercantilización del acceso a ciertos recursos básicos procede de la obra clásica de K. Polanyi *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, trad. de E. L. Suárez, FCE, México, 1992. También utiliza esta terminología G. Esping Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press, Princeton, 1998, pp. 35 ss.; trad. cast. de B. Arregui Loco, *Los tres mundos del estado de bienestar*, Alións el Magnànim, Valencia, 1993.

4. Sobre este tipo de críticas al estado social tradicional *vid.*, por ejemplo, C. Pierson, *Beyond the Welfare State? The New Political Economy of Welfare*, Polity Press, Pennsylvania, 2006, pp. 34 ss.

siones revocables y discrecionales, cuando no como auténticas medidas de control de pobres.

Si como producto de la restauración neoliberal, en todo caso, las garantías legislativas y administrativas de los derechos sociales han tendido a desmoronarse frente a los robustos mecanismos de tutela de los derechos patrimoniales, las garantías jurisdiccionales poco han contribuido a contrarrestar esta tendencia<sup>7</sup>.

El extendido discurso sobre el carácter normativo, y no simplemente político, de las constituciones modernas, ha penetrado de manera debilitada en el territorio del Estado social y de los derechos sociales. Su exigibilidad, por el contrario, ha permanecido anclada en una suerte de minoría de edad en relación con otros derechos civiles y políticos, y muy especialmente con los derechos patrimoniales de propiedad privada y de libertad de empresa. La porfiada vigencia, entre los operadores jurídicos, de la tesis de los derechos sociales como meros principios rectores o como cláusulas programáticas, o la idea de que los órganos jurisdiccionales nada pueden —ni deben— hacer para garantizarlos, son sólo algunas de las pruebas de ese rezago comparativo<sup>8</sup>.

Lo que se procura argumentar en las líneas que siguen es cómo a pesar de su apelación al discurso técnico jurídico, esta percepción devaluada de los derechos sociales se asienta, sobre todo, en prejuicios de tipo ideológico. En concreto, lo que se propone es discutir cuatro tesis, en realidad, cuatro *mitos* no poco extendidos en el *mainstream* político y jurídico que, sobre todo en la actual fase de crisis de los estados sociales tradicionales y de expansión de la globalización neoliberal, moldean la percepción de los derechos sociales e inciden de manera significativa en su protección debilitada.

Vaya por delante que estas tesis no son defendidas siempre por un

7. Así, C. de Cabo, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 11 ss.

8. Refiriéndose a la eficacia normativa del Estado social y de los derechos sociales en el ordenamiento español, M. A. Aparicio podía sostener ya en los años noventa que «con trazo mucho más grueso, el carácter social se trasmata en principio social y el principio social, a su vez, en más que escasas normas con operatividad propia [...] Si tenemos en cuenta que la Constitución reconoce el derecho al trabajo y España tiene la tasa más alta de desempleo de Europa; si la reforma del mercado de trabajo se ha ido efectuando sin respetar siquiera mínimas reservas formales de ley; si el Consejo Económico y Social ha tardado lo que ha tardado y se ha convertido en lo que se ha convertido; si el propio derecho de huelga ha ido acortándose regularmente, y otros tantos etcéteras [afirmar que el Estado social es el Estado democrático de nuestro tiempo] o es un sano ejercicio de cinismo o es, más simplemente, estar equivocado» («Modelo constitucional de Estado y realidad política», en P. Andrés Ibáñez [ed.], *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trota, Madrid, 1996, p. 35).

autor concreto o por una única corriente de pensamiento. Sin embargo, sería fácil constatar cómo configuran de manera poderosa el «sentido común» dominante del que se nutren buena parte de los operadores políticos y jurídicos e incluso los propios grupos que reivindicán los derechos sociales. En términos generales, podría decirse que estas tesis sobre los derechos sociales se corresponden con cuatro planos diferentes del discurso jurídico-político más extendido.

La primera de ellas es una tesis histórica, en particular, de historia de los derechos. Los derechos sociales serían conforme a ella derechos de segunda o tercera generación, cronológicamente posteriores a los llamados derechos civiles y políticos. Para algunos, esta fórmula tendría un simple valor descriptivo y sólo intentaría hacer visible el recorrido histórico que condujo al reconocimiento positivo de estos derechos en constituciones y tratados internacionales. Otros han procurado en cambio otorgarle connotaciones prescriptivas. Así, donde los derechos sociales no se hubieran materializado, bastaría con confiar en el inexorable impulso de la evolución histórica, de la *lógica garantista* o del *crecimiento económico* para que ello acabe por ocurrir.

La segunda es una tesis normativa o, si se prefiere, de filosofía de los derechos. En virtud de la misma, el fundamento inmediato de los derechos civiles y políticos sería el principio de dignidad de la persona. Los derechos sociales, por su parte, sólo estarían ligados de manera indirecta y atemperada a ese valor, lo que justificaría una tutela debilitada. Esta tesis axiológica admite una formulación complementaria. Los derechos civiles y políticos serían, ante todo, derechos de libertad, y contribuirían, entre otras cuestiones, a preservar la seguridad personal y la diversidad política y cultural de una sociedad. Los derechos sociales, por el contrario, estarían conectados, de manera fundamental, con el principio de igualdad, y su satisfacción tendría que ver, sobre todo, con la protección de la homogeneidad social. Escoger entre unos u otros derechos, en definitiva, equivaldría a pronunciarse de manera prioritaria por algunos de los valores en juego: igualdad o seguridad; igualdad o libertad; igualdad o diversidad.

La tercera tesis se sitúa en un plano de mayor abstracción teórica. Básicamente sostiene que entre un tipo de derechos y otro media una diferenciación estructural tajante que impide asignarles mecanismos similares de protección. Así, incluso quienes rechazarán las dos primeras tesis deberían rendirse ante la evidencia: al contrario de lo que ocurre con los derechos civiles y políticos, los derechos sociales llevarían grabado un código genético —el de ser derechos prestacionales, caros, de indeterminada configuración y de incidencia colectiva— que dificulta su tutela.



La cuarta tesis, precisamente, suele presentarse como el corolario obligado de las anteriores y se instala más bien en el plano de la dogmática jurídica, es decir, en la manera en que los diferentes ordenamientos jurídicos recogen y tutelan los derechos en cuestión. Si los derechos sociales —se argumenta desde esta perspectiva— son derechos secundarios en el plano axiológico y presentan, en el plano teórico, una estructura totalmente diferenciada de la de los «clásicos» derechos civiles y políticos, es lógico que la mayoría de ordenamientos jurídicos contemporáneos les haya dispensado una protección menor. La conclusión de este razonamiento es conocida: los derechos sociales no serían derechos fundamentales ni derechos judicialmente exigibles, sino simples principios programáticos cuya operatividad quedaría supeditada a la libre configuración del legislador de turno.

Aunque estas tesis pertenecen a diferentes planos del discurso jurídico-político dominante, no se articulan en compartimentos estancos ni de manera totalmente diferenciada<sup>9</sup>. Muchos de los prejuicios valorativos en torno a los derechos sociales sólo se explican en el concreto contexto que brinda el análisis histórico. Los mitos en torno a la estructura teórica, por su parte, son una reconstrucción abstracta tanto de los prejuicios anteriores como del punto de vista interno que ofrecen los diferentes ordenamientos jurídicos.

Ciertamente, la persistente vulneración de los derechos sociales obedece, ante todo, a las desigualdades materiales de poder existentes en las sociedades actuales. Pero el papel que en la misma desempeña la percepción simbólica e «ideológica» —en el sentido negativo de formada— de esas relaciones de desigualdad no es menor. Así, si en las actuales sociedades mediáticas las decisiones humanas dependen en buena medida de la percepción que se tenga de la realidad, un requisito primordial para remover los obstáculos que impiden hacer efectivos los derechos sociales consiste en contrarrestar la lectura político-jurídica sesgada que se hace de los mismos y en ofrecer una lectura alternativa.

Las páginas que siguen pretenden ocuparse de esta tarea de reconstrucción desde una doble perspectiva. En primer lugar, desde un punto de vista garantista<sup>10</sup>. Esta perspectiva parte de la constatación de que si bien el Derecho suele expresar el interés de los sujetos *más fuertes*,

9. Sobre esta distinción de planos en el discurso sobre los derechos, cf. L. Ferrajoli *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2005, pp. 19 ss.

10. El punto de vista garantista que aquí se sostiene es tributario, ante todo, del vasto y complejo programa teórico-jurídico presentado por L. Ferrajoli en *Derecho y razón*, trad. de P. Andrés *et al.*, Trotta, Madrid, 2006; *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de A. Greppi y P. Andrés, Trotta, Madrid, 2006, y, de manera más reciente, en *Gr-*

también puede operar como un instrumento al servicio de los sujetos *más débiles*. Así ocurre, sobre todo, en el constitucionalismo actual, cuya lógica interna propugna, como condición para la ampliación de la libertad, la limitación y vinculación de todo poder, sea éste público o privado. La sola existencia de esta lógica garantista, desde luego, no asegura la automática satisfacción de los derechos. Pero posibilita la articulación de un discurso crítico, jurídico además de político, capaz de destigmatizar las múltiples formas de poder arbitrario que, en diferentes escalas, bloquean la posibilidad de asegurar a las generaciones presentes y futuras la satisfacción de sus necesidades básicas y, con ello, el goce de su libertad.

En segundo lugar, desde una perspectiva democrático-participativa o, si se prefiere, democrático-deliberativa<sup>11</sup>. De acuerdo con esta aproximación, la democracia aparecería como un proceso siempre abierto y no como un régimen acabado al que pueda accederse —aunque sea de manera imperfecta— de una vez y para siempre<sup>12</sup>. De lo que se trataría, por consiguiente, es de inscribir la garantía de los derechos en un proceso de constante democratización tanto del marco institucional como de la esfera no institucional. Ello supondría, por un lado, examinar la calidad de la información, la publicidad y los argumentos ofrecidos por las instituciones en sus actuaciones. Por otro, evaluar su capacidad para dar expresión, por vías adecuadas, a los diferentes reclamos sociales, comenzando por los de las clases y grupos más vulnerables.

No se pretende, con esta perspectiva, apelar al voluntarismo de las reformas institucionales «desde arriba», basadas en la idea de que la garantía de los derechos puede ser el producto de un simple acto de auto-limitación de los poderes estatales. Por el contrario, se asume que todo proceso de profundización democrática y de control del poder está supeditado a que sean los sujetos en situación de subordinación, los «sin poder», quienes, como destinatarios y titulares de los derechos fundamentales, asuman, más allá de las mediaciones jurídico-institucionales, *una discusión sobre democracia y derecho*, trad. de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2006.

11. La concepción deliberativa y participativa de la democracia cuenta con valiosos expositores. A pesar de sus puntuales desacuerdos y de sus diversas filiaciones metodológicas e ideológicas, las ideas aquí sostenidas pueden considerarse una reconstrucción crítica del pensamiento de autores como C. Nino (*La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997), J. Habermas (*Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2005) o B. Sousa Santos (*La caída del Ángelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, ILSA, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003).

12. Así, J. R. Capella, «Límites de la democratización capitalista», en *Los ciudadanos*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 63 ss.

cionales, la tarea de su conquista y defensa<sup>13</sup>. Mejores garantías y más democracia, en definitiva, serían dos elementos centrales en la tarea de reconstrucción del estatuto jurídico y político de los derechos sociales que aquí se propone. De su adecuada articulación teórica y práctica depende, en buena medida, la remoción de los obstáculos materiales y la superación de los prejuicios ideológicos que explican su debilitada posición en la mayoría de ordenamientos actuales.

## 2

LA CRÍTICA DE LA PERCEPCIÓN HISTÓRICA:  
LA TESIS DE LOS DERECHOS SOCIALES  
COMO DERECHOS GENERACIONALMENTE  
POSTERIORES A LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Tanto en la historia del Derecho como en la sociología jurídica, la percepción dominante de los derechos sociales es posiblemente la que los considera parte de una *generación* posterior a los civiles y políticos<sup>14</sup>. Conforme a ella, los derechos sociales serían los que *vinieron después* de los civiles y políticos o, en términos más funcionalistas, los que *verdrán* una vez que los derechos civiles y políticos, incluidos los derechos patrimoniales, sean satisfechos. Pese a su amplia difusión pedagógica, esta representación se asienta en presupuestos que tienden a ser restrictivos, excluyentes y deterministas y a justificar, en último término, una protección devaluada de los derechos sociales.

2.1. *La tesis del reconocimiento tardío de los derechos sociales*

Según las lecturas generacionales clásicas, los derechos sociales serían derechos tardíos, que se reconocieron en la segunda mitad del siglo XX, una vez satisfechos los derechos civiles y políticos. Lo cierto, sin embargo, es que la historia moderna de derechos sociales se inscribe en un «largo siglo» que comienza con las grandes revoluciones sociales de mediados del siglo XIX, se extiende de manera vigorosa en el último

1. Una de las versiones canónicas de esta tesis es la presentada por el sociólogo británico T. H. Marshall en su obra de 1950 *Citizenship and Social Class* (versión cast., T. H. Marshall y T. Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, trad. de P. Linaza, Alianza, Madrid, 1998). Aunque la reconstrucción de Marshall es rica en matices, la tesis de las generaciones ha sido objeto de divulgaciones más o menos burdas que han conseguido calar hondamente en un cierto «sentido común».

13. P. Barcellona, *Democrazia: quale via di scampoi?*, La Meridiana, Bari, 1995, pp. 52 ss.

tercio de ese siglo y se estabiliza tras la segunda posguerra del siglo XX<sup>2</sup>. Junto a esta «historia» propiamente dicha es posible detectar, asimismo, una rica «prehistoria», tanto de políticas institucionales dirigidas a resolver situaciones de pobreza y exclusión social como de luchas por la subsistencia y la seguridad material. Esta prehistoria se remonta a mucho antes del surgimiento del Estado moderno y guarda un cierto aire de familia con algunas reivindicaciones contemporáneas en materia de derechos sociales.

Tanto en la antigüedad como en el medievo, en efecto, existieron diferentes mecanismos institucionales, aunque no necesariamente estatales, orientados a paliar situaciones extendidas de pobreza y a asistir a los colectivos más necesitados<sup>3</sup>. En ocasiones, estos mecanismos podían tener un sentido democratizador e igualitario, como ocurría con las ayudas que garantizaban, en la polis ateniense, el acceso a baños públicos, a la cultura o al ejercicio mismo de la participación política, o con las primeras leyes agrarias y de granos que aseguraban el acceso a la tierra o a una cantidad mínima de alimentos en la Roma republicana. Otras veces, en cambio, el objetivo de estas políticas sociales era resolver de manera autoritaria situaciones de exclusión, disciplinando a las clases más vulnerables y obligándolas a reincorporarse a relaciones de explotación laboral. Éste era el sentido, por ejemplo, de las «leyes de pobres» que, implantadas en el medievo tardío o en los inicios del capitalismo, pretendían sustituir el viejo concepto de «caridad» y «beneficencia» por el de «reeducación para el trabajo», esto es, por un tipo de actuación estatal que fuera, al mismo tiempo, de asistencia y de represión<sup>4</sup>.

En los albores de los estados modernos, esta dialéctica entre políticas conservadoras y preventivas, y políticas sociales igualitarias, volvió a repetirse. Con frecuencia, los «socorros para pobres» o los «talleres de empleo» traducían políticas de orden público dirigidas a controlar las condiciones de reproducción de las estructuras laborales y productivas<sup>5</sup>.

2. Así, A. Cantaro, *Il lungo secolo. Lavoro e diritti sociali nella storia italiana*, Ediesse, Roma, 2006, pp. 31 ss.

3. G. A. Ritter, *Storia dello Stato Sociale*, trad. it. de L. Gaeta y P. Carnevale, Laterza, Roma/Bari, 1999, pp. 33 ss.

4. Tanto en los países de tradición católica como en los protestantes se introdujo la distinción, también jurídica, entre «pobres meritorios», dispuestos a ofrecerse como mano de obra a cambio de las ayudas recibidas, y «pobres no meritorios», dedicados al «ocio» y al «ocio»; por lo tanto, peligrosos para la comunidad. Vid. R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Gallimard, Paris, pp. 47 ss. y G. A. Ritter, *Storia dello Stato sociale*, cit., p. 38.

5. En el siglo XVII, por ejemplo, Juan Luis Vives (*El socorro de los pobres. La comunidad de los bienes*, 1526) y Domingo de Soto (*Deliberación en la causa de los pobres*, 1545) defendieron la necesidad de poner en marcha programas públicos de empleo con

En muchos casos, sin embargo, la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de las autoridades públicas fue transformándose en beneficios concretos correspondientes a derechos de los ciudadanos<sup>6</sup>. Así, durante los episodios más igualitarios de las grandes revoluciones modernas, la reivindicación de derechos de asistencia y de acceso a recursos como la tierra o los alimentos básicos apareció como una exigencia de los sectores populares casi siempre acompañada de la demanda simultánea de extensión de los derechos de participación.

En Inglaterra, por ejemplo, el reclamo de derechos participativos, de reparto de la tierra y de asistencia a los más vulnerables, fue un elemento común en las cartas impulsadas por los *levelers* —los igualadores— y, sobre todo, los *diggers* —los cavadores— al calor de las luchas antiabsolutistas y de las resistencias al proceso de privatización de las tierras comunales que tuvieron lugar en el siglo XVII<sup>7</sup>.

En las colonias norteamericanas, por su parte, la distribución de la tierra, la asistencia a las clases desfavorecidas y el establecimiento de mecanismos frecuentes de participación y control de las asambleas legislativas estuvieron presentes en diferentes cartas constitucionales y reflejaron experiencias avanzadas de democracia agraria<sup>8</sup>. La propia Declaración de la Independencia de 1776, si bien no resolvió problemas graves como la explotación de los esclavos o la exclusión de los pueblos aborígenes y de las mujeres, se hizo eco de esta experiencia igualitaria. Así, entre los derechos reconocidos como «verdades evidentes» incluyó el derecho a la vida y a la felicidad, pero excluyó, en cambio, el derecho de propiedad. Sólo con el entramado institucional

el objeto de incorporar a los pobres al sistema productivo. Estos programas, sin embargo, se basaban en la aceptación de la pobreza como una decisión divina y su financiación quedaba supeditada a la buena conciencia de los contribuyentes: «Sea la limosna —escribió Vives— absolutamente libre, como dijo Pablo: 'cada uno haga según se ha propuesto su corazón, no de mala gana ni obligado'. Nadie debe ser obligado a hacer el bien, de otro modo la misma palabra 'beneficencia' no tendría sentido». Sobre este punto, *vid.*, por ejemplo, J. L. Vives, *El socorro de los pobres. La comunidad de los bienes*, trad. de L. Frayle Delgado, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 29 y 102.

6. H. Dean caracteriza este proceso como una «juridificación del bienestar». Vid. H. Dean, «The Juridification of Welfare: Strategies of Discipline and Resistance», en A. Kjønsstad y J. Wilson (eds.), *Law, Power and Property*, CROP/ISSI, Bergen, 1995, pp. 3 ss.

7. «Lo que estaba frecuentemente en juego —comenta el historiador E. P. Thompson a propósito de estas revueltas populares— no era la propiedad, sostenida por la ley, contra la no propiedad: eran definiciones alternativas del derecho de propiedad» (cit. por J. Fontana, *Historia: análisis del pasado y proyecto social*, Crítica, Barcelona, 1982, p. 81).

8. Así, por ejemplo, el artículo 79 del *Body of Liberties* de Massachusetts, redactado en 1641 por el reverendo Nathaniel Ward, establecía que «si un hombre, al morir, no deja a su mujer una pensión suficiente para su estado, aquélla será ayudada tras presentar reclamación ante la Corte General».

conservador diseñado por la Constitución de Filadelfia de 1787, los derechos patrimoniales adquirirían el papel central que desempeñarían a lo largo de todo el siglo XIX<sup>9</sup>.

En Francia, a medida que el proceso revolucionario se fue profundizando en un sentido igualitario, la extensión de los derechos sociales y de participación pasó a ocupar un lugar central entre las reivindicaciones populares. La Constitución de 1791, todavía monárquica, incluyó referencias al derecho a la instrucción y a la asistencia de los pobres en su Título I, aunque sin abandonar el discurso de la caridad pública de la época.

Sólo con la Constitución democrática jacobina de 1793 —que no llegó a entrar en vigor a causa de la guerra— el reconocimiento de derechos sociales puso en cuestión el tabú del carácter inviolable de la propiedad privada y se vinculó de manera explícita a la ampliación de los derechos de participación. Así, la Declaración de derechos que precedía a su redactado consagraba, junto al «igual derecho (de los ciudadanos) a concurrir a la formación de la ley y a la designación de sus mandatarios o agentes» (art. 29) el deber de instaurar socorros públicos que velaran por la subsistencia de los ciudadanos desgraciados (art. 21) y de asegurar a todos la instrucción pública (art. 22)<sup>10</sup>. Estos derechos, por su parte, encontraban como último mecanismo de tutela la «garantía social» (art. 23), esto es, «la acción de todos para garantizar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos» y el derecho-deber de insurrección, en caso de que el gobierno los violara (art. 35).

Tras la restauración liberal conservadora, el desarrollo del capitalismo liberal fue empeorando las condiciones de vida de las clases trabajadoras, pero generó, al mismo tiempo, las condiciones objetivas para su organización en torno a alternativas que les permitieran asegurar sus «intereses materiales y morales» y el control sobre sus propias vidas. A menudo, estas luchas se tradujeron en nuevas formas asociativas

9. La lectura clásica en este sentido es la de Ch. Beard, *Una interpretación económica de la Constitución de los Estados Unidos*, Arayú, Buenos Aires, 1953; *vid.* también M. Mann, *Las fuentes del poder social II*, trad. de P. Linares, Alianza, Madrid, 1997, pp. 214 y 223.

10. La expresión «derechos sociales» apareció en un proyecto presentado a la Convención de 1793 por el agronomista Gilbert Romme, entre otras cuestiones, diseñador del célebre calendario republicano. En la sesión del 24 de abril de 1793, por su parte, M. Robespierre propuso a la Convención, en nombre de la «fraternidad», la necesidad de moderar las grandes fortunas mediante un impuesto progresivo y de «hacer honorable la pobreza» garantizando a todos el derecho a la libertad y a la existencia. Los artículos 7 y 8 de su proyecto de declaración de derechos, alternativo al presentado por los girondinos, establecían que el derecho de propiedad estaba limitado por la obligación de respetar los derechos de los demás, comenzando por su seguridad, su libertad y su existencia.

que permitieron a los trabajadores estrechar los lazos de solidaridad y garantizar, al mismo tiempo, el acceso a recursos básicos de subsistencia: sociedades de mutuo socorro, cámaras sindicales, cooperativas de producción y de consumo, etc. Paralelamente, los sectores intelectuales y una parte de las organizaciones obreras se plantearon la necesidad de buscar respuestas políticas, institucionales, a la «cuestión social». Estas estrategias de autoorganización y de presión institucional nunca llegaron del todo a conjugarse, pero ayudaron a entender la dinámica, en ningún caso lineal, en la que todavía hoy opera la reivindicación de derechos sociales.

Sin perjuicio de las herencias anteriores, el ciclo revolucionario abierto en 1848 fue tal vez el punto de inflexión en la «larga historia» de reivindicación y reconocimiento de derechos sociales que se proyectaría sobre los siglos venideros. Ya entonces se hizo patente un elemento que las lecturas más formalistas de las generaciones de derechos no han dejado de subestimar: la estructural contradicción entre la generalización de los derechos civiles, políticos y sociales, y el mantenimiento del carácter tendencialmente absoluto de la propiedad privada y de las libertades contractuales<sup>11</sup>.

No es casual, de hecho, que la derrota en Francia de los sectores populares tras la insurrección de junio de 1848 se tradujera en un reconocimiento mutilado de derechos sociales. Así, la Constitución de noviembre no pudo ignorar la irrupción de la «cuestión social» y estableció en su preámbulo el deber de la república de asegurar «la existencia a los ciudadanos necesitados, bien procurándoles un trabajo, en los límites de sus posibilidades, bien otorgando, en defecto de la familia, asistencia a los que no están en situación de trabajar».

Sin embargo, más que de un auténtico derecho a la existencia o al trabajo, lo que se consagraba era un deber sin sujetos obligados. En la perspectiva liberal conservadora, consagrar el derecho al trabajo suponía, bien que el Estado fuera el propietario de todas las industrias, bien que los obligados fueran los particulares, en cuyo caso también era necesario un «Estado industrial» capaz de frenar o acelerar la producción,

11. Un lúcido liberal conservador, Alexis de Tocqueville, constataba así el cambio de época: «La Revolución francesa, que abolió los privilegios y destruyó todos los derechos exclusivos, ha permitido que subsistiera uno, y de modo ubicuo: el de la propiedad [...]. Hoy, que el derecho de propiedad no aparece sino como el último resto de un mundo aristocrático destruido [...] la lucha política se entablará entre los que poseen y los que no poseen. El gran campo de batalla será la propiedad, y las principales cuestiones de la política discursarán sobre las modificaciones más o menos profundas que habrán de introducirse en el derecho de propiedad» (A. Tocqueville, *Recuerdos de la revolución de 1848*, trad. de M. Suárez Fernández, Tróica, Madrid, 1994, pp. 34 y 35).

de regular los salarios o de imponer gravámenes. Ante ese panorama, lo que se impuso fue una obligación genérica de regular la «caridad pública», que no venía vinculada, como pretendían los sectores populares, a deberes concretos como la progresividad fiscal o el uso limitado del derecho de propiedad<sup>12</sup>.

A pesar de sus límites, los hechos de 1848, y sobre todo la breve experiencia de la Comuna parisiense de 1871, desempeñarían un papel central en la posterior evolución de los derechos sociales. Así, aunque la dinámica entre políticas sociales conservadoras, simplemente concebidas desde arriba, y derechos sociales igualitarios, conquistados desde abajo, volvió a abrirse paso, el capitalismo liberal entró en una crisis sin precedentes.

Tras un intenso ciclo de conflictos que se extendió desde el último tercio del siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX, el Estado y su producción jurídica experimentaron, en diversos países europeos y con diferentes ritmos, un proceso de «socialización» que afectó a las diferentes disciplinas jurídicas<sup>13</sup>. Para compensar la posición de los trabajadores en las relaciones laborales surgió el Derecho laboral, y con él, se institucionalizaron derechos hasta entonces perseguidos como el derecho de sindicación, de huelga o de negociación colectiva. El Derecho civil admitió criterios de responsabilidad objetiva, que iban más allá de la culpa, por los daños que pudieran producir actores privados con una especial posición de poder en las relaciones mercantiles o de consumo. Incluso el Derecho penal moderó su función unilateralmente represiva e incorporó criterios de carácter resocializador.

12. Esta fue la posición que, como convencional en la Asamblea Constituyente, sostuvo Tocqueville en la célebre sesión del 12 de septiembre de 1848. Vid. A. Tocqueville, «Discours sur le droit au travail», en *Droits de l'homme et philosophie. Une anthologie*, Presses Pocket, London, 1993, p. 333. Su razonamiento, sin embargo, permitía a otro observador privilegiado de la época, Karl Marx, comentar: «El derecho al trabajo es, en el sentido burgués, un contrasentido, un mequetrufo desoñado, pero detrás del derecho al trabajo está el poder sobre el capital, y detrás del poder sobre el capital, la apropiación de los medios de producción, su sumisión a la clase obrera asociada, y, por consiguiente, la abolición tanto del trabajo asalariado como del capital y de sus relaciones mutuas» (*La lucha de clases en Francia de 1848-1850*, trad. de A. S. López, Espasa Calpe, Madrid, 1992, p. 123).

13. Esta idea de la «socialización» del Derecho y, por consiguiente, de los propios derechos civiles y políticos «clásicos», fue teorizada entre finales del siglo XIX y comienzos del XX por autores tan dispares como el alemán Ferdinand Lassalle —*Sistema de los derechos adquiridos* (1861)—, los franceses Léon Duguit —*El Derecho social, el derecho individual y las transformaciones del Estado* (1922)— y George Gurwitsch —*Idea del Derecho social* (1932)—, los austriacos Anton Menger —*El derecho al producto íntegro del trabajo* (1891), *El derecho civil y los pobres* (1898)— y Karl Renner —*Las instituciones del Derecho privado y su función social* (1904)— o el británico Harold Laski —*Derecho y política* (1933).

Esta tendencia se estabilizó con los pactos keynesianos de posguerra y la relativa consolidación de los diferentes «mundos del Estado de bienestar» construidos en las décadas anteriores. Los clásicos derechos civiles y políticos se extendieron a sectores hasta entonces excluidos de su disfrute, al tiempo que se reconocieron derechos específicos en el ámbito de la vivienda, la salud, la educación o el trabajo<sup>14</sup>.

De ese modo, aunque desde un punto de vista formal los derechos sociales sólo adquirieron una presencia generalizada en el constitucionalismo de la segunda posguerra del siglo XX, es posible rescatar otra historia más compleja, que arroja conclusiones diferentes a las tradicionalmente extraídas de las lecturas generacionales. Así, pueden rastreadse situaciones de cooriginalidad en las que la expansión de derechos sociales se reivindicó de manera simultánea a la extensión de derechos civiles y políticos y a la restricción, por el contrario, de los derechos patrimoniales y de las libertades contractuales. En esos contextos, los derechos sociales fueron vistos como un requisito indispensable para dar contenido material a los derechos civiles y políticos, al tiempo que estos últimos actuaron como instrumentos indispensables para asegurar los derechos sociales.

## 2.2. La tesis del reconocimiento lineal de los derechos sociales

Precisamente, otro de los problemas que plantea la tesis de las generaciones es su abordaje en exceso lineal de la historia de los derechos. Esta lectura parece sugerir la existencia de una única vía institucional de reconocimiento de los derechos sociales, así como su automática expansión a otros contextos temporales y espaciales. La realidad, sin embargo, es bastante diferente.

Así, cuando el Estado liberal decimonónico entró en su crisis más aguda, las políticas sociales aparecieron en escena no como aliadas de los derechos civiles, políticos y sindicales y de la democratización de la sociedad, sino como su antídoto<sup>15</sup>. En el *Sozialstaat* de Bismarck, en Prusia, o en la Inglaterra victoriana de finales del siglo XIX, por ejemplo, se concedieron políticas sociales desde el poder, al tiempo que se suprimían o se mantenían a raya las libertades políticas y sindicales de los trabajadores y sus organizaciones<sup>16</sup>.

14. Para una caracterización histórica e institucional de estos diferentes modelos puede verse, por todos, G. Esping Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, cit., pp. 9 ss.; y F. X. Merrien, *L'État Providence*, PUF, Paris, 1997, pp. 7 ss.

15. Vid., al respecto, A. Baldaire, *Los derechos sociales*, trad. de S. Perca Lanorre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 24 ss.

16. La filosofía social preventiva aplicada por Bismarck reclutó partidarios entre los legitimistas franceses y en el *toryismo* social inglés ligado a Disraeli y lord Ashley

Junto a estas experiencias conservadoras, existieron también otras reformistas en las que el desarrollo del Estado social no fue facilitado por constituciones «sociales» en sentido estricto sino por leyes aprobadas gracias a la presión social y a la más o menos abierta desconstitucionalización del carácter absoluto del derecho de propiedad privada y de las libertades contractuales.

En algunos casos como los de los estados sociales laboristas surgidos en Nueva Zelanda, Australia o el Reino Unido, la presión sindical y la existencia de un sólido tejido asociativo y cooperativo favorecieron la puesta en marcha de derechos sociales universales en ámbitos como la sanidad o la propia educación. No obstante, más allá de un nivel elemental que podía variar en cada ordenamiento, la satisfacción de muchas necesidades básicas se dejó librada al albur de lo que pudiera obtenerse en el mercado o en el ámbito familiar<sup>17</sup>.

En cambio, hubo países en los que, como producto de una conflictividad política y sindical intensa, y sobre todo de un temprano reconocimiento de derechos civiles y políticos a las mujeres, tuvieron lugar experiencias socialdemócratas que permitieron otorgar a los derechos sociales de ciudadanía un papel central en relación con los derechos estrictamente ligados al mercado formal de trabajo. Éste fue el origen, por ejemplo, del Estado social en países nórdicos como Suecia, Noruega o Dinamarca.

La conquista de derechos sociales, sin embargo, no estuvo vinculada sólo a mecanismos de reforma institucional generados por la presión

(este último fue promotor de sendos *bills* sobre la jornada laboral de diez horas y sobre la prohibición del trabajo de los menores). En la Inglaterra monárquico-parlamentaria y victoriana, A. J. Balfour, uno de los pioneros de las políticas sociales desplegadas «desde arriba», sostenía en 1890: «la legislación social no sólo ha de ser distinguida de la legislación socialista, sino que es su más directo antagonista y su más eficaz antídoto». Para una crítica similar, *ibid.*, J. R. Capella, *Fruta prohibida*, Trotta, Madrid, 2006, p. 205.

17. En el Reino Unido, uno de los artífices del Estado laborista fue el liberal reformista William Beveridge. En su informe *El Seguro Social y sus Serrazos Conexos*, de 1942, Beveridge planteó la necesidad de un modelo que, basado en la contribución de los trabajadores activos, impidiera que cualquier persona pudiera caer por debajo de un estándar mínimo de protección. En 1944, siendo ya miembro del Partido Liberal, preparó un segundo documento: *Pleno empleo en una sociedad libre*, en cuyas páginas se establecían las bases del programa social que el Partido Laborista defendería a partir del año siguiente. La lógica que regía el llamado modelo Beveridge no era, como en el modelo Bismarck, la lógica del seguro, ligada estrechamente a la pertenencia al mercado formal de trabajo, sino más bien la de la solidaridad nacional, más vinculada a la noción de ciudadanía. En el modelo Bismarck, la vinculación al mercado laboral condicionaba la protección social (a través de las cotizaciones) y los derechos reconocidos representaban, en último término, un porcentaje de los ingresos profesionales. En el modelo Beveridge, en cambio, era la idea de ciudadanía la que fundaba la protección social (a través de los impuestos) y lo que permitía a todos los beneficiarios gozar de las mismas prestaciones básicas.

social y la expansión de derechos políticos y sindicales. Sobre todo en algunos países periféricos en los que los poderes estatales, aunque frágiles en su articulación institucional, eran cerrilmente represivos y generadores de desigualdades, las presiones para las reformas institucionales se combinaron con procesos de ruptura de distinto signo.

Éste fue el caso de la revolución mexicana, que vio reflejados algunos de estos objetivos en la Constitución de Querétaro, de 1917<sup>18</sup>, y de la revolución rusa, que también los consagró, en 1918, en su propia Constitución socialista<sup>19</sup>. En ambos casos, junto al derrocamiento de los poderes institucionales se impulsó, no sólo la extensión de los derechos políticos y de derechos sociales en el ámbito urbano y rural, sino además profundas reformas en las estructuras productivas<sup>20</sup>. En ambos supuestos, también, aunque por razones diferentes, la concentración de poder político y social que consiguió reducir a los poderes políticos y privados tradicionales, sumada a la presión exterior, acabó por generar poderes burocráticos y nuevas fuentes de arbitrariedad que erosionaron significativamente el programa de extensión a todos de los derechos civiles, políticos y sociales básicos.

18. La Constitución de Querétaro fue el producto, en cierto modo, de la derrota de los sectores más igualitarios del movimiento revolucionario, vinculados a figuras como E. Zapata, F. Villa o R. Flores Magón. A pesar de sus límites, profundizó sin embargo en el carácter laico de su predecesora, la de 1857, e incorporó un vasto programa de protección de los sectores populares que incluía el célebre artículo 27, referido al acceso a la tierra de los campesinos y a la tutela de los trabajadores.

19. Tras la revolución de octubre de 1917, un congreso de *soviets* elaboró en enero de 1918 una *Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado* que exhibía una clara influencia de las declaraciones revolucionarias francesas y una similar vocación universalista, aunque su punto de referencia, antes que los «ciudadanos», era el «pueblo». La Declaración abolía la propiedad privada de los medios de producción, proclamaba la elección y revocabilidad de todos los cargos, el control obrero sobre las fábricas, la igualdad y soberanía de todos los pueblos rusos e incluso su derecho a la autodeterminación. Su artículo 3, igualmente, dejaba claro que no se trataba de «asegurar derechos sociales que compensaran los efectos excluyentes producidos por un estado capitalista sino, justamente, de construir otro Estado —un «Estado socialista»—, que impulsara un modo de producción alternativo capaz de garantizar a todos sus necesidades básicas.

20. En el Congreso constituyente de Querétaro, la Comisión encargada de redactar los artículos referidos a la reforma agraria sostenía: «Tenemos que estudiar, durante estos debates, el problema capital de la revolución, que es la cuestión agraria [...] y el que más debe interesarnos [...] porque ya en la conciencia de todos los revolucionarios está que si no se resuelve debidamente este asunto, continuará la guerra». Otro diputado apostillaba, a propósito de la cuestión obrera: «Así como Francia, después de su revolución, ha tenido el alto honor de consagrar en la primera de sus cartas magna los inmortales derechos del hombre, así la Revolución mexicana tendrá el orgullo de mostrar al mundo que es la primera en consagrar en una Constitución los sagrados derechos de los obreros» (cit. por S. García Ramírez, «Raíz y horizonte de los derechos sociales en la Constitución mexicana: *Derechos Humanos* [México] 6 | 2003).

Allí donde ni la vía de las reformas legales e institucionales de fondo, ni las vías de ruptura, lograron imponerse, se suscitaron intentos fallidos de ampliación de los derechos políticos y sociales y de limitación de los poderes de mercado, que degeneraron en reacciones totalitarias de distinto signo. El colapso del ensayo republicano alemán, sintetizado en la emblemática Constitución de Weimar de 1919, el de la II República española, reflejado en la Constitución de 1931, o el final de la III República francesa, podrían inscribirse en esta tendencia<sup>21</sup>.

Tras la segunda guerra mundial, los diversos modelos de intervención social construidos en décadas anteriores se estabilizaron en acuerdos estatales que procuraron, en el seno de economías capitalistas, conseguir compromisos más favorables para los trabajadores. Estos acuerdos encontraron un reflejo bastante generalizado en leyes y constituciones sociales de diferente tipo<sup>22</sup>. A pesar de los importantes avances que este reconocimiento supuso en términos democráticos y garantistas, en la práctica fue mucho más desigual y restrictivo de lo que el relato generacional de los derechos es capaz de reflejar.

Para comenzar, los «contratos sociales» sobre los que se asentaron los estados sociales de posguerra sólo alcanzaron a algunas regiones de algunos países occidentales, y a algunos segmentos de trabajadores, no por casualidad los que se encontraban mejor organizados. Fuera quedaron, sin embargo, los colectivos más vulnerables o los que no mostraron suficiente disposición para la negociación.

En ese sentido, si bien cabe concebir a los derechos sociales como una conquista real de las clases trabajadoras, también deben verse como una necesidad objetiva del sistema capitalista, ya que permitieron costear la reproducción y cualificación de la fuerza de trabajo y disciplinar a los sectores díscolos. Así, y sin perjuicio de la introducción de algunas

21. A pesar de apoyarse para gobernar en los grandes poderes de mercado, las dictaduras fascistas y nacional-socialistas que siguieron a las experiencias republicanas de comienzos del siglo xx no renunciaron al lenguaje de las políticas sociales y de los derechos de los trabajadores. Muchas de las «leyes fundamentales» dictadas por estos regímenes —desde la *Carta del Lavoro* fascista hasta el Fuero del Trabajo franquista o la corporativa Constitución portuguesa de 1933— contemplaron la puesta en marcha de políticas sociales ambiciosas, pero racistas y discriminatorias, que sólo beneficiaban a los partidarios del régimen y venían acompañadas de una abierta negación de los derechos civiles, políticos y sindicales del resto de la población.

22. Desde un punto de vista formal, los ejemplos más avanzados de constituciones sociales son, seguramente, la Constitución italiana de 1947, hija de la resistencia contra el fascismo, y la portuguesa de 1976, aprobada tras la llamada revolución de los claveles. Más moderadas, en cambio, son la Ley Fundamental de Bonn, aprobada en 1949 bajo la presión de las tropas aliadas, o la Constitución española de 1978, producto de una transición con los sectores moderados del régimen franquista.

políticas universalistas, las prestaciones sociales se siguieron obteniendo, en buena medida, si se había participado en el proceso productivo como trabajador y si se habían aceptado, por consiguiente, las duras condiciones del mercado de trabajo. Mientras más corporativo o residual fuera el Estado social del que se tratara, mayor fue la tendencia de las instituciones estatales a concebir los derechos sociales como concesiones planteadas «desde arriba», según criterios tecnocráticos, dirigidas a reducir la compleja problemática del trabajador a la del simple consumidor, y la del ciudadano a la de cliente maltratado por las burocracias estatales.

No es casual, por lo tanto, que desde el punto de vista jurídico la puesta dominante frente al desafío que suponía la presencia normativa del Estado social y sus técnicas de intervención. Fundamentalmente, éstos aparecían reducidos a mandatos políticos o a normas de efecto indirecto, cuya función principal era la de habilitar intervenciones legislativas en esferas que el constitucionalismo liberal vedaba de forma radical. Pero no adquirieron el estatus de auténticos derechos subjetivos, exigibles ante los tribunales, ni generaron mecanismos de control social que permitieran moderar la tendencia de las sedes legislativas y administrativas a autoprogramarse y a dejarse colonizar por poderes burocráticos y mercantiles de diverso tipo.

En ese contexto, la mayoría de los estados sociales de posguerra no pasaron de ser estados garantistas y democráticos atenuados. Mejoraron, sí, las posibilidades de consumo y el acceso a servicios básicos de sectores importantes de la sociedad. Pero, frente al relato plano que intenta ofrecer la tesis de las generaciones, consintieron también la proliferación de múltiples focos de arbitrariedad pública y privada y se valieron, a menudo, de prácticas decisionistas y opacas que excluían o estigmatizaban a los grupos en mayor situación de vulnerabilidad<sup>23</sup>.

Precisamente por su ceguera frente a estas discontinuidades, la tesis de las generaciones resulta asimismo poco fecunda para explicar cómo, a pesar de que la retórica de los derechos sociales no ha remitido, e incluso ha seguido ocupando un papel relevante en constituciones y tratados internacionales, las reformas que habían permitido su ampliación en el pasado han cambiado de signo.

23. Para una crítica del Estado social tradicional desde esta doble vertiente, garantía y democrática, *vid.* L. Ferrajoli, «Estado social y Estado de Derecho», en V. Abramovich, M. J. Anón y C. Courris (eds.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 11 ss.; y J. Habermas, *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, trad. de J. L. Echeverry, Amorruutu, Buenos Aires, 1991; y *Facticidad y validez*, cit., pp. 483 ss.

En efecto, bien a través de reformas constitucionales y legislativas a la baja, bien a través de la introducción de criterios de interpretación restrictivos, la tutela de los derechos sociales ha permanecido atenuada, al menos desde los años ochenta, por el imparable desarrollo de una *lex mercatoria* basada en un renovado blindaje de los derechos de propiedad privada y de libertad de empresa en el ámbito supraestatal<sup>24</sup>. De garantía de las libertades fácticas, y no simplemente formales, que aseguran la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, los derechos sociales han pasado a concebirse como obstáculos y, en ese sentido, como excepciones, a la vigencia casi irrestricta de la libre circulación de capitales, mercancías y servicios.

Esta contrarreforma neoliberal, y la prioridad otorgada por ella a los derechos patrimoniales, se ha resuelto no sólo en un creciente aumento de las desigualdades sociales, étnicas y de género, sino también en la erosión de los derechos civiles y de participación. Esta erosión no ha propiciado el repliegue de las intervenciones jurídicas, sino su cambio de sentido. El debilitamiento de las políticas igualitarias, en realidad, ha traído consigo el reforzamiento de las políticas punitivas, y la crisis del Estado social se ha resuelto en una crisis simultánea, tanto del principio democrático, como del propio principio del Estado de derecho<sup>25</sup>.

### 2.3. La tesis del reconocimiento universal de los derechos sociales

Además de plano y sin contradicciones, el relato generacional de los derechos suele ser un relato excluyente. La tesis de las generaciones parece sugerir que en cada generación de derechos, éstos —los civiles, políticos y sociales— se reconocieron, de manera generalizada, a todas las personas.

Sin embargo, la historia de las políticas sociales modernas se ha caracterizado, entre otros aspectos, por su carácter limitado y excluyente tanto desde el punto de vista espacial como de los sujetos concernidos

24. Vid. J. A. Estévez Araujo, *El resés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, cit., pp. 115 ss.; M. P. Lafranchi, «Les droits sociaux fondamentaux dans le droit applicable au commerce international», cit., pp. 59 ss.; B. Sousa Santos, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, IUSA, Bogotá, 1998. La expansión de los principios privatizadores del llamado Consenso de Washington a los países de América Latina, de Europa del Este y de África, desde finales de los años ochenta, o la aceleración en sentido librecambista del proceso de integración europea, con la correspondiente minimización del papel de los derechos sociales y del Derecho laboral en general, son un claro ejemplo de esta tendencia.

25. C. de Cabo, *Contra el consenso...*, cit.; L. Wacquant, *Castigar els pobres*, cit., pp. 115 ss.

por ellas. Así, buena parte de las políticas que han fundado la satisfacción de los derechos sociales modernos han comportado la exclusión o la inclusión subordinada tanto de los pueblos y regiones periféricos, como de ciertas clases y grupos de personas, desde las mujeres, los trabajadores precarios o informales hasta el campesinado, los pueblos indígenas o las personas con discapacidades físicas o mentales. En estos ámbitos y para estos colectivos, los contratos sociales (y jurídicos) mediante los cuales se reguló el reconocimiento de derechos fueron contrarios no tanto de inclusión como de exclusión, no tanto consensuados, como de forzosa o resignada adhesión<sup>26</sup>.

Uno de los límites, precisamente, que plantea una lectura generacional de los derechos es su tendencia a presentar una universalización abstracta de los mismos, ignorando o minimizando las jerarquías existentes tanto en la relación entre naciones, como entre diferentes grupos étnicos. Una lectura más realista, en cambio, debería comenzar por constatar cómo a partir de la construcción de los estados modernos, el reverso del reconocimiento de derechos para ciertos grupos sociales ha sido el despojo de otros, cuya construcción en términos racistas e inferiorizados se ha proyectado hasta nuestros días<sup>27</sup>.

Este violento proceso de expropiación, que destruyó formas comunitarias de vida y de satisfacción de necesidades básicas y acarrió el exterminio de pueblos enteros, tuvo su momento más intenso con la expansión colonial europea (aunque se prolongó, en muchos casos, tras la construcción de estados independientes). En este contexto, el reclamo de derechos sociales en las periferias se planteó al mismo tiempo como el reclamo de la autodeterminación política y como una denuncia del doble rasero en materia de derechos utilizados por las grandes potencias<sup>28</sup>.

26. Vid. B. Sousa Santos, «Desigualdad, exclusión y globalización», en *La caída del Angelus Novus...*, cit., pp. 125 ss.

27. «El racismo —escribe M. Foucault— se inscribió como mecanismo fundamental del poder, tal como se ejerce en los Estados modernos y en la medida en que hace que prácticamente no haya funcionamiento moderno del Estado que, en cierto momento, dentro de cierto límite y en ciertas condiciones, no pase por él [...] El racismo [...] es la condición gracias a la cual se puede ejercer el derecho de matar [...] Desde luego, cuando hablo de dar muerte no me refiero simplemente al asesinato directo, sino también a todo lo que puede ser asesinato indirecto: el hecho de exponer a la muerte, multiplicar el riesgo de muerte de algunos o, sencillamente, la muerte política, la expulsión, el rechazo, etcétera» (M. Foucault, *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, trad. de H. Pons, FCE, México, 2002, pp. 230-231).

28. Ya a comienzos del siglo XIX, el esclavo haitiano Toussaint Louverture y sus «jacobinos negros» impugnaban la violencia del colonialismo francés, español e inglés como una negación de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (vid. C.



Con frecuencia, de hecho, el reconocimiento de políticas sociales en el interior de los países centrales estuvo vinculado al mantenimiento de políticas coloniales en el exterior, y el reconocimiento de derechos políticos y sociales de ciudadanía, a la exclusión, la opresión o a la inclusión subordinada de quienes pertenecían a otra nacionalidad o a grupos étnicos diferentes.

Ello explica que muchas de las reivindicaciones de derechos políticos y sociales planteadas por minorías nacionales y culturales en los países centrales, fueran reivindicaciones que ponían énfasis en la discriminación por razones de origen nacional o étnico; y que muchas de las reivindicaciones planteadas por esas mismas minorías (o mayorías) en los países y regiones periféricos, fueran además luchas por el derecho al autogobierno político y económico y, en general, por el derecho al desarrollo<sup>29</sup>.

De esa manera, aunque los sistemas políticos y económicos existentes en Asia, África y América Latina no reunían las mismas condiciones que habían propiciado en los países desarrollados la consumación del «pacto fordista keynesiano» y la articulación, por tanto, del Estado social, muchos de ellos experimentaron ensayos reformistas, e incluso rupturistas, que permitieron ampliar, al menos temporalmente, los derechos políticos y sociales de sectores importantes de la sociedad.

Estos procesos fueron tolerados en la medida en que se adecuaron a las perspectivas «desarrollistas» de las grandes potencias y no entraron en conflicto frontal con sus intereses. Sin embargo, cuando resultó claro que la lógica de acumulación del sistema económico internacional no podía satisfacer sin conflicto las demandas combinadas de las clases trabajadoras occidentales —derechos sociales generosos, pero para relativamente poca gente— con las de los pueblos del Tercer Mundo —derechos sociales básicos, pero para mucha gente— los ensayos de democratizadores e igualitarios en la periferia fueron cancelados de manera drástica<sup>30</sup>.

L. R. James, *Los jacobinos negros*, trad. de R. García, FCE, México, 2003). Casi un siglo después, el intelectual, poeta y dramaturgo negro de Martinica Aimé Césaire, vendría a actualizar esta crítica cuando, como diputado en la Asamblea Constituyente francesa de 1946, se refería al «descarnado universalismo» del pensamiento eurocéntrico en el que, en su opinión, confluían, más allá del discurso humanista, colonialismo, racismo y capitalismo (vid. A. Césaire, *Discurso sobre el colonialismo*, trad. de M. Viveros Vigoya et al., Akal, Madrid, 2006, pp. 22 ss.).

29. Vid., entre otros, B. Rajagopal, *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia en el Tercer Mundo*, trad. de C. Morales y E. Ariza, IUSA, Bogotá, 2005, pp. 33 ss.

30. Así ocurrió con la abrupta interrupción o el sabotaje, apoyados por los gobiernos de Estados Unidos o de la Unión Soviética, de los ensayos constitucionales sociales y de-

A partir de los años ochenta, diferentes países de la periferia y de la semi-periferia que salían de dictaduras militares o de experiencias autoritarias aprobaron constituciones que asumen el ideal normativo del Estado social y democrático de derecho y consagran avanzadas técnicas de tutela de los derechos sociales<sup>31</sup>. Muchos de estos textos, incluso, vinculan estas reivindicaciones sociales, de tipo redistributivo, a las demandas de reconocimiento de sus minorías (y a veces mayorías) étnicas, culturales o nacionales, comenzando por los pueblos indígenas.

Sin embargo, todas estas experiencias se han producido en un contexto muy diferente al que propició el surgimiento del Estado de bienestar, en los países centrales, o de los estados desarrollistas, en la propia periferia. La eficacia, por tanto, de las cláusulas sociales y participativas recogidas en estos textos se ha visto limitada no sólo por la ausencia de adecuados controles internos al poder, sino también por la posición de vulnerabilidad de estos países y regiones en el sistema económico mundial<sup>32</sup>. Las abultadas deudas externas —contraídas y ampliadas muchas veces de manera ilegítima—, la imposición de programas de ajuste estructural y de procesos de «integración» de signo librecambista, o el creciente poder de las corporaciones transnacionales sobre la disposición de recursos como el agua, la tierra o los hidrocarburos, han pasado a ser constricciones determinantes en el desarrollo de los derechos sociales en los países y regiones empobrecidos.

La degradación en la periferia de las funciones sociales y democratizadoras del Estado ha generado además las condiciones para la irrupción de nuevas formas de absolutismo de mercado (como las maquilas y las zonas francas en las que no rige derecho social alguno) y de Estado (como las zonas paramilitares).

Igualmente, al cancelar o al restringir de manera drástica las posibilidades de acceso a recursos y servicios básicos, estas relaciones (neo)coloniales se han convertido en causa principal de la migración de millones de personas hacia diferentes regiones y países del centro. Como consecuencia de ese «efecto salida», la asignación de derechos políticos

democráticos que tuvieron lugar en Guatemala en 1945, en el Congo en 1961, en Hungría y Checoslovaquia en 1956 y 1968, en Chile en 1973, en Nicaragua a partir de 1979, o en Granada en 1983.

31. Son representativas, en ese sentido, la Constitución brasileña de 1988, la colombiana de 1991, la sudafricana de 1996 o, de manera más reciente, la venezolana de 1999.

32. B. Rajagopal, *El derecho internacional...*, cit. pp. 125 ss.; N. Angulo Sánchez, *El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado*, Iepala, Madrid, 2005, pp. 19 ss.

y sociales ha pasado a vincularse, cada vez más, a la noción de «ciudadano», convertida ya en un auténtico estatuto de privilegio<sup>33</sup>.

En virtud de esta realidad, las minorías no nacionales, sobre todo cuando se trata de migrantes económicos pertenecientes a grupos vulnerables por razones de origen étnico, lingüístico o religioso y por su situación administrativa (las personas en situación de irregularidad o «sin papeles»), pasan a convertirse en una «infraciase» que accede con frecuencia a un estatuto de *hampencitadania*. Este estatuto les asegura el derecho a prestaciones sociales mínimas (en materia de asistencia sanitaria, por ejemplo), que les permiten una incorporación debilitada al mercado laboral, pero no les otorga, en la mayoría de los casos, el reconocimiento de genuinos derechos de participación y de ciudadanía política<sup>34</sup>.

En una línea argumental semejante a la de la crítica al sesgo racista o nacionalista de las políticas sociales tradicionales, la utilización descriptiva de la tesis de las generaciones de derechos ha sido objeto de diversas críticas desde una perspectiva de género. En este caso, la acusación dirigida al relato generacional tradicional es que oculta la existencia de múltiples desigualdades y jerarquías sexistas que excluyen a más de la mitad de la población humana del disfrute efectivo de los derechos civiles, políticos y sociales.

Desde esta perspectiva, los «contratos sociales» que fundaron el reconocimiento de derechos tanto en los países desarrollados como en los de la periferia, deberían verse sobre todo como «contratos sexuales», cuyo sesgo patriarcal excluye y discrimina en su configuración la voz y el trabajo de las mujeres en el ámbito productivo, reproductivo o de cuidado condenándolas, en su caso, a una inclusión subordinada en el mercado laboral formal<sup>35</sup>. También en este punto, sin embargo, el reconocimiento

33. Vid. L. Ferrajoli, «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona» en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 97 ss.

34. J. de Lucas, «Derechos sociales de los inmigrantes: ciudadanía y exclusión», en M. J. Anón y J. García Anón (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 261 ss.; S. Benhabib, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, trad. de G. Zaidunavsky, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 88 ss.

35. Esta crítica al carácter excluyente y selectivo de los «contratos» de derechos civiles, políticos y sociales modernos fue planteada de manera temprana por feministas como la griega O. de Gouges (*Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*, 1791) o las jacobinas Claire Lacombe y Pauline Léon, quienes llegaron a ocupar la Asamblea Nacional exigiendo políticas sociales específicas para las mujeres. Sobre estas cuestiones en el debate feminista contemporáneo puede verse, de modo más general, C. Pateman, *El contrato sexual*, trad. de M. L. Femenías, Anthropos, Barcelona, 1995; N. Fraser, *Intitula Interrupción. Reflexiones críticas desde la posición «post-socialista»*, Universidad de los

to devaluado de derechos políticos y sociales por razones sexuales o de género se plantea como un factor al que pueden agregarse la exclusión, la opresión y la discriminación por razones de origen social, nacional o étnico, como ocurre, por ejemplo, con las trabajadoras migrantes<sup>36</sup>.

#### 2.4. Elementos para una historia compleja de los derechos fundamentales

Como se ha intentado mostrar, el carácter lineal y excluyente que subyace a las lecturas generacionales de los derechos induce a equívocos que desdibujan su función histórica así como algunas de las lecciones que ésta ofrece para su garantía en el presente.

Por un lado, al reducir los derechos sociales a derechos de reconocimiento tardío y siempre posterior a los derechos civiles y políticos, esta tesis minimiza la larga y compleja historia de reivindicación de los mismos iniciada, al menos en Europa, con las revoluciones de mediados del siglo XIX.

Esta historia, por ejemplo, revela profundas diferencias entre aquellas políticas sociales más o menos discrecionales y supeditadas a la coyuntura, y la exigencia de derechos sociales más o menos estables en el tiempo e indisponibles para los poderes de turno. Una distinción que, por otro lado, ayuda a comprender mejor la existencia de políticas sociales conservadoras y preventivas, ligadas al reconocimiento limitado de derechos sociales y a la restricción, incluso, de derechos civiles y políticos básicos, y políticas sociales igualitarias y democráticas, vinculadas a la simultánea satisfacción de los derechos civiles, políticos y sociales.

Un segundo problema que plantea la tesis generacional es que no permite apreciar el carácter con frecuencia simultáneo y complementario de las reivindicaciones de derechos civiles, políticos y sociales, ni las tensiones de fondo entre su expansión igualitaria y la ampliación excluyente de los derechos patrimoniales como derechos tendencialmente absolutos.

En tercer lugar, el relato plano de las generaciones tiende a borrar o a relegar a un segundo nivel la multiplicidad de vías, escalas y sujetos

Andes, Siglo del Hombre, Editores, Bogotá, 1997; J. Young, *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 2000.

36. Vid. R. Mestre, «Dea ex machina. Trabajadoras migrantes y negociación de la igualdad en lo doméstico»: *Cuadernos de Geografía* (Madrid) 72 (2004), pp. 191-205, y de modo más general, *La caíra de Pandora. Introducción a la teoría feminista del derecho*, Universitat de Valencia, Valencia, 2006, pp. 51 ss.

ligados a la exigibilidad de los derechos sociales. Desaparece, así, toda distinción entre vías institucionales y extra-institucionales de reivindicación de los derechos, entre escalas locales, estatales y supra-estatales y entre sujetos involucrados; da lo mismo su condición sexual o laboral, su edad o su origen étnico, si es o no ciudadano.

En definitiva, lo que la tesis de las generaciones alienta es una historia en exceso formalista de los derechos, que no da cuenta ni de sus incumplimientos, ni de sus cumplimientos excluyentes o discriminatorios, ni de sus retrocesos. Por el contrario, lo que demuestran las diferentes «historias» de los derechos sociales es que éstos, lejos de ser el producto de una evolución armónica e inevitable, fueron el resultado de conflictos, a veces encarnizados, por la abolición de privilegios y la transferencia de poder y recursos de unos sectores sociales a otros<sup>37</sup>.

En ocasiones, estas conquistas se obtuvieron mediante la persuasión y las reformas jurídicas; en otras, mediante rupturas y procesos de autotutela; en ocasiones, tuvieron un alcance inclusivo y consiguieron mejorar las condiciones de vida de amplios colectivos; en otras, en cambio, tuvieron un alcance limitado y excluyente. Pero, en todo caso, fueron siempre conquistas precarias, nunca garantizadas de una vez y para siempre y expuestas, por consiguiente, a un destino abierto de avances o retrocesos.

37. Así, L. Ferrajoli, «Los derechos fundamentales», en A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005, p. 52. En sentido similar, G. Escobar, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Cívico/Trama, Madrid, 2005, p. 13.

### LA CRÍTICA DE LA PERCEPCIÓN FILOSÓFICO-NORMATIVA: LA TESIS DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS AXIOLÓGICAMENTE SUBORDINADOS A LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Cuando de la perspectiva histórica que ofrece la tesis de las generaciones se pasa a la perspectiva filosófica normativa, referida a la fundamentación de los derechos sociales, la imagen más difundida suele ser la que les asigna una posición subalterna, en términos axiológicos, respecto de los derechos civiles y políticos clásicos<sup>1</sup>.

Este juicio admite diversas formulaciones. Una primera es la que sostiene que los derechos civiles y políticos, a diferencia de los sociales, estarían vinculados de manera más estrecha a bienes que son fundamentales para cualquier persona —su vida, su intimidad, su integridad física, su libertad de expresión— y, con ello, a su propia dignidad. Otras, en cambio, adscriben los derechos civiles y políticos a valores y principios como la libertad, la seguridad o la diversidad y los derechos sociales al valor de la igualdad. Aceptado este ligamen, de lo que se trataría en el fondo es de optar: o se está con los derechos civiles y políticos, y se coloca en un segundo nivel de prioridades la satisfacción de la igualdad, o se está con los derechos sociales, y es la garantía de las libertades, de la seguridad y del pluralismo la que resulta relegada.

A pesar de su difusión explicativa, esta perspectiva es confusa. Se asienta sobre prejuicios ideológicos y sobre algunas inconsistencias discursivas que es conveniente despejar. En cierto modo, podría decirse que la fundamentalidad axiológica de todos los derechos remite al principio de igualdad<sup>2</sup>. Lo que convierte en fundamental un derecho en

1. *Vid.* «El fundamento de los derechos sociales: la igualdad y la libertad», en M. J. Anón y J. G. Anón (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, cit., pp. 115 ss.

2. Sobre la igualdad como principio fundante del discurso de los derechos *vid.* R.

términos valorativos y teóricos es su estructura igualitaria, esto es, el hecho de proteger intereses o necesidades tendencialmente generalizables o inclusivos, y por ello, indisponibles e inalienables. Eso sería, precisamente, lo que distinguiría un derecho fundamental de un privilegio, cuya estructura es, por definición, tendencialmente selectiva, excluyente y alienable<sup>4</sup>. Ocurre, sin embargo, que el principio de igualdad es un principio relacional, cuyos términos de comparación deben ser definidos: igualdad, sí, pero ¿entre quiénes? y ¿en qué?<sup>5</sup>.

Tradicionalmente, la pregunta en torno a los sujetos de la igualdad se ha respondido recurriendo a categorías como las de persona, capaces de obrar o ciudadanos. En el ámbito de los estados modernos, de hecho, una parte importante de los derechos fundamentales civiles, políticos y sociales se ha construido en torno a esta última categoría. Y aunque la idea de ciudadanía nació, al menos en la tradición de las revoluciones modernas, como una idea inclusiva, ha llegado a convertirse, sobre todo en una época de migraciones masivas, en un auténtico estatuto de privilegio. De ahí que en el Derecho internacional de los derechos humanos, al menos de manera tendencial, los derechos aparezcan atribuidos a las personas y no a los ciudadanos, introduciendo así una pieza clave para una configuración igualitaria del sujeto de los derechos<sup>6</sup>.

La pregunta acerca del objeto de la igualdad también ha admitido diferentes respuestas. Por lo que aquí respecta, y frente a la tesis que reduce las diferentes categorías de derechos a un fundamento axiológico exclusivo y excluyente, se podría defender que todos los derechos civiles, políticos y sociales, pueden fundamentarse, en realidad, en la igual satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas y, con ello, en su igual dignidad, libertad, seguridad y diversidad<sup>6</sup>.

Dworkin, *Verdad soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, trad. de F. Aguiar y M. J. Bertomeu, Paidós, Barcelona, 2003.

3. Esta caracterización es una reconstrucción de la de L. Ferrajoli, «Los derechos fundamentales», cit., pp. 19 ss.

4. Vid. N. Bobbio, *Igualdad y libertad*, trad. de E. Aragón Rincón, Paidós, Barcelona, 1993; A. Sen, «Igualdad de qué?», en S. McMurrin (ed.), *Libertad, igualdad y derecho. Las conferencias Tanner sobre filosofía moral*, trad. de G. Valverde, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 133 ss.

5. L. Ferrajoli, «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 97 ss.

6. Así, entre otros, I. Carter, *La libertad equiva. Feltrinelli*, Milano, 2005; E. Bahar, «Droits de l'homme et droits du citoyen: la dialectique moderne de l'égalité et de la liberté», en *Les frontières de la démocratie*, La Découverte, Paris, 1992, pp. 124-150.

### 3.1. La tesis de los derechos sociales como derechos de igualdad y no de dignidad

El principio de dignidad, o, si se prefiere, la rebelión contra la imposición de condiciones opresivas o humillantes de vida, constituye un elemento central en las justificaciones modernas de los derechos fundamentales<sup>7</sup>. La aceptación discursiva del rechazo a la opresión y de la igual consideración o dignidad de todas las personas se presenta, de hecho, como un presupuesto obligado de cualquier discusión democrática en torno a los derechos fundamentales.

En términos normativos, la especificación de lo que puede considerarse una vida indigna o una vida decente se ha relacionado tanto con elementos negativos como positivos<sup>8</sup>. A partir de una suerte de utilitarismo negativo, por ejemplo, la idea de dignidad, o de una vida digna, se ha vinculado al conjunto de condiciones que permiten preservar la integridad física y psíquica y minimizar, en consecuencia, las situaciones de malestar, daño y opresión. Desde una perspectiva constructivista, se ha preferido en cambio anudar la idea de dignidad a la maximización de la autonomía y al libre desarrollo de la propia personalidad. El principio de dignidad, por lo tanto, estaría conectado a la satisfacción de aquellas necesidades que permiten perseguir libremente fines y planes de vida propios y participar en la construcción de la vida social<sup>9</sup>.

Bien contempladas, estas justificaciones no son contradictorias entre sí. Si la remoción del daño y de la opresión pueden tener un valor normativo relevante es, entre otras razones, porque son precondiciones para el libre desarrollo de la propia personalidad y para la participación en los asuntos públicos. De la mayor o menor garantía de la igual dignidad dependen, en otras palabras, no sólo la preservación de la

7. Según la Constitución jacobina de 1793, «la resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre» (art. 33). Sobre la negación de la dignidad como motor de la lucha por los propios derechos puede verse también P. Freire, *Pedagogía de la indignación*, trad. de P. Manzano, Morata, Madrid, 2001, pp. 64 ss.

8. El principio de dignidad de la persona se inscribe en diferentes tradiciones éticas y políticas, desde el pensamiento liberal y cristiano hasta posiciones republicanas y socialistas. En términos positivos fue recogido en el artículo 10.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948, y en diferentes constituciones estatales: desde la alemana de 1949 o la española de 1978 hasta la colombiana de 1991 o la sudaficana de 1996. Sobre el alcance de este principio en el constitucionalismo moderno, puede verse, entre otros, I. Gamiérrez, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005; I. Sarlett, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, pp. 29 ss.

9. Para una reflexión más detenida al respecto vid. C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 2000, pp. 12-13.

propia integridad física y psíquica sino las posibilidades de ejercicio de las libertades personales y la calidad democrática de una sociedad determinada.

Desde perspectivas atomísticas y, en el fondo, paleoliberales, se ha pretendido reducir la noción de dignidad al exclusivo disfrute de algunos derechos civiles básicos: el derecho a la vida, a la intimidad, a la libertad ideológica, religiosa o de expresión. Estos derechos guardarían una conexión más estrecha con la noción de dignidad. Otros, sobre todo de tipo político y social, mantendrían en cambio una mayor distancia respecto de ese principio, lo que justificaría una tutela debilitada<sup>10</sup>.

A poco, sin embargo, que se abonde en este razonamiento, sus límites resultan evidentes. Vincular el principio de dignidad con ciertos derechos civiles personalísimos, al tiempo que se excluyen otros políticos y sociales indispensables para su ejercicio, resulta una operación esencialmente fundada. El derecho a la vida o a la integridad física y moral no pueden en realidad escindirse, sin grave menoscabo de su contenido, del derecho a un nivel adecuado de salud; el derecho a la intimidad o al libre desarrollo de la propia personalidad se encuentran siempre amenazados si se desconectan del acceso a «un cuarto propio», o mejor, a un cobijo o una vivienda dignos<sup>11</sup>; el derecho a la información, la libertad ideológica y de expresión, por fin, resultan desnaturalizados sin estructuras comunicativas plurales y sin una educación crítica y de calidad.

Una vez que el principio de dignidad se postula como fundamento de los derechos de la persona, la interdependencia e indivisibilidad entre los civiles, políticos, sociales y culturales resulta obligada. Sin derechos sociales básicos, los civiles personalísimos corren el riesgo de verse vaciados en su contenido. Y de manera similar, frente al argumento de que el derecho a la libertad de expresión o a la asociación nada significan para quien padece hambre, carece de un cobijo o de un empleo que le asegure la subsistencia, podría afirmarse que la conquista del derecho a la alimentación, a la vivienda o al trabajo depende en buena medida de la disposición de libertades civiles y políticas que permitan

reivindicarlo<sup>12</sup>. Después de todo, no han faltado políticas sociales que, si bien han permitido cubrir algunas necesidades materiales, lo han hecho de manera estigmatizante o paternalista, vulnerando de ese modo la autonomía y la dignidad de sus destinatarios. De ahí que derechos civiles y políticos como el derecho a la información, a la participación o al debido proceso puedan, en el ámbito de las políticas sanitarias, habitacionales, educacionales o laborales, presentarse como instrumentos centrales para asegurar no sólo la eficacia de los derechos sino también su legitimidad, es decir, su capacidad de apelar a la autonomía y a la dignidad de quienes se postulan como sus sujetos.

En definitiva: sólo desde una estrecha concepción liberal conservadora es posible deslindar el derecho a la igual dignidad de las personas de la satisfacción de necesidades básicas como la alimentación, el vestido, el cobijo, la educación, la autoestima y, en general, la ausencia de daños evitables. Esas categorías, que a veces se ha querido sintetizar en la necesidad de conservar la salud y disponer de autonomía para elegir planes de vida y fines propios, están, a su vez, estrechamente ligadas al ejercicio tanto de derechos civiles y políticos como de derechos sociales, y constituyen el fundamento inmediato de la interdependencia e indivisibilidad entre ambos<sup>13</sup>.

### 3.2. *La tesis de los derechos sociales como derechos de igualdad y no de libertad*

Si se acepta la caracterización de los derechos sociales como derechos que persiguen la igual dignidad de las personas, su supuesta diferencia con los derechos civiles y políticos, entendidos como derechos de libertad, también pierde consistencia. La distinción entre derechos de igualdad y derechos de libertad, en realidad, fue dominante durante la guerra fría, a tal punto que cuando se decidió consagrarlos en el ámbito internacional, se aprobaron dos Pactos separados, el de los derechos económicos sociales y culturales (PIDESC), y el de los derechos civiles y

10. Esta distinción entre unos derechos civiles «más» vinculados al principio de dignidad de las personas y otros participativos y sociales «menos» vinculados y por lo tanto «atemperables» de acuerdo a lo dispuesto por leyes y tratados fue utilizada, por ejemplo, por el tribunal constitucional español para definir qué derechos correspondían por igual a nacionales y extranjeros por el solo hecho de ser personas. *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1985, FJ 2.

11. Éste era, de hecho, uno de los sentidos que daba a la expresión Virginia Woolf en *Un cuarto propio*, trad. de M. Rivera Garretas, Horas y Horas, Madrid, 2003.

12. «Los derechos civiles y políticos —afirma el premio Nobel de Economía Amartya Sen— ofrecen a las personas la oportunidad de prestar atención a las necesidades generales y demandar una acción política adecuada [...] En la terrible historia de las hambrunas sufridas en el mundo, ninguna de ellas ha acontecido en un país independiente y democrático que disfrute de una relativa libertad de prensa» (A. Sen, *El valor de la democracia*, trad. de J. Lomeli Ponce, Viejo Topo, Barcelona, 2006, pp. 66-67).

13. *Vid.* L. Doyal e I. Gough, *Teoría de las necesidades humanas*, trad. de J. A. Moyano y A. Colás, Icaria, Barcelona, 1994, pp. 80 ss.

políticos (PIDCP), ambos de 1966<sup>14</sup>. La ratificación de uno u otro llegó a plantearse incluso como una prueba de fe ideológica: o se optaba por los derechos civiles y políticos, y con ello por la libertad, o se estaba con los derechos económicos y sociales, y con ello con la igualdad.

Tras el fin del mundo bipolar, se generaron las condiciones objetivas para que se asumiera sin dobles raseros la tesis de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos, proclamada en la Declaración de Derechos Humanos de Viena de 1993. Sin embargo, la crisis de los estados sociales tradicionales, sumada a la expansión de la globalización neoliberal, favoreció la permanencia de la contraposición tradicional, aunque el fiel de la balanza experimentó una inclinación decisiva. Así, la primacía de los derechos civiles y políticos sobre los derechos sociales se convirtió, sobre todo, en preferencia por los derechos patrimoniales, comenzando por la propiedad privada y la libertad de empresa. De ese modo, la contraposición real que venía a plantearse no era simplemente la que oponía libertad a igualdad, sino la que pretendía oponer libertades civiles y patrimoniales, por un lado, a igualdad social, por otro<sup>15</sup>.

No obstante, toda vez que se acepta, como se apuntaba antes, que la igualdad es un concepto relacional, se despejan los obstáculos que impedirían, en línea de principio, ligar todos los derechos fundamentales —civiles, políticos y sociales— a la tutela de la *igual libertad de todas las personas*<sup>16</sup>.

Ciertamente, también la noción de libertad es problemática y puede encerrar diferentes significados. Así, al igual que ocurre con la noción de dignidad, se ha querido distinguir en el valor libertad tanto una dimensión negativa como una dimensión positiva<sup>17</sup>. La libertad negativa

14. Sobre el origen de los pactos *vid.*, por ejemplo, M. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

15. Vid. J. A. Estévez Araujo, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994, pp. 110-111.

16. I. Carter, *La libertad igual*, cit., pp. 11 ss. Según Balibar, una de las ecuaciones que se derivan de la Declaración francesa de derechos de 1789, y con ella del discurso moderno sobre los derechos, es precisamente la de igualdad y libertad. Esta identidad (la *égalité*), según Balibar, permitiría articular un principio de mutua implicación, históricamente abierto, en virtud del cual no cabría concebir supresiones o restricciones de las libertades que no acarrearán desigualdades sociales ni desigualdades sociales que no supriman o restrinjan libertades. Vid. E. Balibar, «Droits de l'homme et droits du citoyen: la dialectique moderne de l'égalité et de la liberté», en *Les frontières de la démocratie*, cit., pp. 124 ss.

17. La distinción entre libertad negativa y positiva, tribuaria a su vez de la distinción de B. Constant entre «libertad de los modernos» y «libertad de los antiguos», es retomada en el clásico trabajo de I. Berlin «Dos conceptos de libertad», en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. de J. Rayón, Alianza, Madrid, 1998, pp. 215-280.

configuraría una esfera de inmunidad caracterizada por la ausencia de interferencias arbitrarias por parte del Estado o de otros actores privados. La libertad positiva, en cambio, estaría ligada a la posibilidad de definir planes de vida propios y a participar en la construcción de los asuntos públicos. Aunque se ha querido plantear una contradicción de fondo entre estas dos vertientes de la libertad, es posible pensarlas como elementos complementarios del concepto más amplio de libertad fáctica o real, cuyo núcleo incluye la protección de derechos sociales<sup>18</sup>.

La libertad negativa puede conectarse claramente al derecho a no ser interferido de manera arbitraria en el control y disfrute de aquellos recursos sanitarios, laborales, educacionales o habitacionales básicos, necesarios no sólo para sobrevivir, sino también para diseñar planes de vida personales y colectivos. Así contemplado, sin embargo, este concepto de libertad negativa se apartaría de la concepción liberal conservadora para la cual casi toda interferencia pública en la esfera personal, comenzando por las afectaciones a la propiedad privada y a las libertades contractuales, debería considerarse una interferencia arbitraria<sup>19</sup>. Desde una perspectiva democrático-igualitaria, en cambio, aquellas interferencias que tuvieran por objetivo satisfacer las necesidades básicas o ampliar la autonomía no sólo serían legítimas, sino que constituirían un obligado corolario del principio de igual libertad. La libertad positiva, precisamente, estaría estrechamente ligada al derecho no ya a no ser interferido, sino a recibir aquellos recursos que permiten una vida libre de la dominación de otros y la posibilidad, al mismo tiempo, de definir con otros el sentido de la comunidad en condiciones de aproximada igualdad<sup>20</sup>.

Siendo esto así, el ejercicio de la libertad fáctica o real, y con él la satisfacción de todos los derechos civiles, sociales y políticos, podrían considerarse ligados a inmunidades negativas y a facultades positivas. Lo que ocurre es que mientras la perspectiva liberal conservadora se construye en torno a una noción selectiva y excluyente de estas inmunidades y fa-

18. Esta concepción de la libertad fáctica o real como superación de la distinción entre libertad negativa y positiva es defendida, desde presupuestos similares, por J. Aragón, «Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial»: *Otro Derecho* (Bogotá) 28 (2002), pp. 103 ss.; *vid.*, asimismo, M. J. Anón y J. García Afán (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, cit., pp. 71 ss. y 126 ss.

19. Sobre este tipo de posiciones cf. R. Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. de R. Tamayo, FCE, México, 1988; F. von Hayek, *Camino de Serridambore*, trad. de J. Vergara, Alianza, Madrid, 1990.

20. Estas distinciones reentran, con matices, al debate entre concepciones liberales y republicanas de la libertad. Para una introducción a esta discusión, *vid.* el sugerente volumen compilado por M. J. Bertomeu, A. Doménech y A. de Francisco, *Republicanism y democracia*, Maño y Dávila, Buenos Aires, 2005.

cultades, que remite a los presupuestos más arraigados del «individualismo posesivo», una perspectiva coherentemente democrática e igualitaria sólo permite concebirlas como derechos generalizables e inclusivos<sup>21</sup>.

Esta distinción entre intereses generalizables e inclusivos, constitutivos de derechos, e intereses selectivos y excluyentes, constitutivos de privilegios, permite, de hecho, plantear en otros términos la relación entre los derechos civiles, políticos y sociales, y los derechos patrimoniales<sup>22</sup>. Así, en la medida en que el ejercicio igualitario de las libertades civiles políticas y sociales está ligado al control de ciertos bienes y recursos materiales, guardaría un estrecho vínculo de interdependencia con el *derecho a la propiedad*, entendido como un derecho generalizable. Sin embargo, en tanto que la disposición igualitaria de bienes y recursos básicos sólo es posible a través de medidas que eviten su concentración y que garanticen su distribución, el conflicto con el *derecho de propiedad privada* y con las libertades contractuales (entendidos como derechos tendencialmente excluyentes y como fuente, por tanto, de abusos o privilegios), resulta inevitable<sup>23</sup>.

Una vez más, el control de los poderes de mercado y la remoción de los obstáculos privados que impiden que la libertad sea real y efectiva para todos sus titulares, no comporta la eliminación del derecho a la propiedad, sino el impulso de aquellas formas de propiedad y, sobre todo, de control sobre los recursos, que resulten generalizables y no excluyentes: desde la propiedad social y cooperativa, especialmente de los grandes recursos productivos<sup>24</sup>, pasando por el usufructo y por diversas formas de propiedad personal<sup>25</sup>.

21. Sobre el concepto de individualismo posesivo, *vid.* C. B. Macpherson, *La teoría política del individualismo posesivo*, trad. de J. R. Capella, Trotta, Madrid, 2005.

22. Esta tensión estructural entre derechos fundamentales generalizables e incluyentes y derechos patrimoniales excluyentes y alienables es planteada, aunque con algunas variaciones, por L. Ferrajoli en «Derechos fundamentales», *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 37 ss. De manera más general, sobre el conflicto entre derechos civiles, políticos y sociales y el derecho de propiedad privada, *vid.* la interesante propuesta de R. Dahl, *Democracia económica*, trad. de M. Rofill, Hacer, Barcelona, 2002, pp. 49 ss., 68 ss.

23. Sobre esta distinción entre el derecho de propiedad y el derecho a la propiedad, *vid.* J. Wáldron, *The Right to Private Property*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 20-24, y C. Krause, «The Right to Property», en A. Eide et al. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Kluwer Law International, Den Haag, 2003, pp. 191 ss.

24. En algunos ordenamientos jurídicos, como el español, esta interpretación sería coherente con la supeditación constitucional del derecho de propiedad (art. 33) y la libertad de empresa (art. 38) a la función social, al principio de planificación y al deber de los poderes públicos de establecer los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (art. 129.2).

25. Sobre el usufructo como cobertura jurídica de un posible control de recursos como la tierra, el suelo, el agua y otros bienes comunes, *vid.* J. Sambon, «El usufructo,

Para ser coherentes con su voluntad de ampliar la autonomía y de evitar la arbitrariedad, las limitaciones impuestas a las diversas formas de poder privado deben ser ellas mismas, en todo caso, restricciones proporcionales al tamaño y la capacidad de actuación de éstos. Su finalidad, en consecuencia, debería ser asegurar una redistribución igualitaria de la autonomía, comenzando por los grupos menos autónomos de la sociedad, y prevenir o sancionar el ejercicio abusivo o los usos anti-sociales de derechos-poderes como la propiedad privada o la libertad de empresa<sup>26</sup>. Sin embargo, debería evitar, al mismo tiempo, convertirse en fuente de nuevas actuaciones arbitrarias y, sobre todo, de nuevas concentraciones de poder, tanto de mercado como de Estado. Así, estas limitaciones y controles redundarían no en el deterioro del sistema de las libertades personales y colectivas, como pretenden las tesis liberal-conservadoras, sino en su fortalecimiento.

Desde esta perspectiva, en definitiva, todos los derechos civiles, políticos y sociales podrían considerarse derechos de libertad fáctica o real, e incluso derechos de seguridad. Su objetivo, precisamente, sería satisfacer las necesidades básicas que permiten disfrutar de manera estable y sin intervenciones arbitrarias o abusivas de la propia autonomía. No existiría, por tanto, una contraposición entre derechos sociales y derechos de libertad, o entre derechos sociales y derechos de seguridad. Los derechos sociales, por el contrario, aparecerían como instrumentos indispensable para dar a la libertad un contenido real y estabilidad en el tiempo, asegurando las condiciones materiales que la posibilitan tanto en la esfera privada como en los procedimientos públicos de toma de decisiones<sup>27</sup>.

Ahora bien, del mismo modo que los derechos sociales pueden ser vistos como derechos de libertad, también los derechos civiles y políticos podrían ser vistos como derechos de igualdad. De hecho, la diferen-

un modelo para el derecho de uso del patrimonio medioambiental», en J. L. Gordillo (ed.), *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 129 ss. Asimismo, B. Sousa Santos y C. Rodríguez, «Para ampliar o cánone da producao», en B. Sousa Santos (coord.), *Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista. Civilização Brasileira*, Rio de Janeiro, 2002, pp. 23 ss.

26. Para una propuesta similar, basada en una relectura del «principio de la diferencia» de J. Rawls según el cual sólo estarían justificadas aquellas desigualdades que beneficien a los miembros más desfavorecidos de la sociedad, *vid.* C. Nino, *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1984, cap. 6, y *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., pp. 92 ss.

27. Así, desde diferentes perspectivas, J. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., pp. 147 ss.; C. Castoriadis, «La democracia como procedimiento y como régimen», *Juices para la democracia* (Madrid) 26 (1996); C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, cit., pp. 111 ss.

cía nuclear entre la concepción liberal privatista de los derechos civiles y políticos de inicios del siglo XIX y su concepción «socializada» del último tercio del mismo consiste en que mientras en la primera actúan como derechos tendencialmente selectivos y excluyentes, de estructura patrimonial, en la segunda pasan a convertirse en auténticos derechos igualitarios y, por eso mismo, socializados, o si se prefiere, «sociales»<sup>28</sup>.

Todos los derechos civiles, políticos y sociales pueden conectarse, en consecuencia, tanto al principio de igualdad formal, que proscribire la discriminación, como al principio de igualdad sustancial, que obliga a compensar o a remover las desigualdades fácticas<sup>29</sup>. Contemplados desde el punto de vista de la igualdad formal, los derechos civiles y políticos incluirían el derecho a no ser discriminado de manera arbitraria en el ejercicio de la libertad de expresión, o del derecho de asociación, o de la libertad ideológica. Contemplados desde la perspectiva de la igualdad sustancial, comprenderían el derecho a las condiciones materiales que permiten ese ejercicio, así como a la eliminación de los obstáculos públicos y privados que lo impidan<sup>30</sup>.

Ciertamente, la igual tutela de los derechos civiles, políticos y sociales, y con ello de las libertades básicas de las personas, no pretende asegurar una tosca y mecánica igualdad en los resultados obtenidos o en los puntos de llegada. Entendida como capacidad para participar en la vida social y para definir, revisar y mantener los propios planes de vida, la igual libertad con la que tienen que ver los derechos civiles, políticos y sociales sería aquella que garantiza, más bien, iguales oportunidades reales para todos.

A diferencia del principio de igualdad de resultados, el principio de igualdad de oportunidades procura asegurar que las personas asuman su responsabilidad y con ello las consecuencias que se derivan del libre ejercicio de sus derechos. Sin embargo, la posición que las personas

28. Así, por ejemplo, V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 47 ss.

29. *Vid.* «El fundamento de los derechos sociales (II): la igualdad y la libertad», en M. J. Anón y J. García Anón (coords.), *Lecciones sobre derechos sociales*, cit., pp. 115 ss.

30. Este doble principio, precisamente, fue recogido por primera vez en el artículo 3.2 de la Constitución italiana de 1948. Este precepto, conocido como cláusula Basso, en honor al diputado socialista que la inspiró, se trasladó luego a otros ordenamientos como el español, que la consagró, con matices, en su artículo 9.2. Sobre el papel del principio de igualdad real o sustancial en el constitucionalismo contemporáneo puede verse L. Prieto Sanchis, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 69-79; J. García Anón, «Derechos sociales e igualdad», en V. Abramovich, M. J. Anón y C. Courtis (eds.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 74 ss.; K. Pérez Partilla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, UNAM, México, 2005, pp. 135 ss.

ocupan en la sociedad no siempre depende de su mérito o demérito, o, si se prefiere, de su responsabilidad.

Así, aunque no resulte fácil distinguir entre decisiones libremente escogidas y actuaciones determinadas, podría acordarse que existen situaciones de privación originadas en las condiciones de nacimiento, la falta de talento, las enfermedades o, más en general, en la «mala suerte» personal o social, por las que las personas no deberían ser culpabilizadas, sino más bien compensadas<sup>31</sup>. Del mismo modo, podría constatarse la existencia de beneficios obtenidos del trabajo, del esfuerzo o de la situación de necesidad ajenos, como los que provienen de las actividades especulativas o de las relaciones de explotación. Estos últimos no deberían ser tolerados, sino más bien limitados y, en último término, erradicados<sup>32</sup>.

Teniendo en cuenta estas premisas, un proyecto preocupado por asegurar una igualdad «profunda» de oportunidades debería proponerse la remoción de las causas estructurales que colocan a las personas en situación de vulnerabilidad y la aproximación de las condiciones materiales que permiten ejercer la libertad, no en un único y estático momento inicial, sino en el marco de un proceso de dinámica y periódica igualación<sup>33</sup>.

31. Una de las contribuciones de J. Rawls al pensamiento igualitario, que inspiró el trabajo de otros autores como R. Dworkin o G. Cohen, ha sido defender que las personas podrían responsabilizarse por sus gustos y ambiciones pero no por sus capacidades físicas y mentales. Según Rawls, el talento natural de las personas representaría un caso de «suerte bruta» y no de «suerte por opción». Los más afortunados, por tanto, sólo tendrían derecho a beneficiarse si con ello se mejora la condición de los peor situados de la sociedad (*ibid.*, J. Rawls, *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, FCE, México, 1997, secc. 17). G. Cohen ha criticado los términos de este «principio de diferencia» rawlsiano, por considerarlo un «chamaje» de los más afortunados, quienes, precisamente por serlo, no tendrían derecho a exigir beneficios adicionales. En su lugar, Cohen propone una suerte de igualdad «profunda» de oportunidades que niegue beneficios especiales no sólo a los que de manera irresponsable malgastan un recurso valioso sino también a aquellos que, más allá de su talento, desarrollen de manera irresponsable gustos caros. *Vid.* «The Currency of Egalitarian Justice», *Ethics* (University Chicago Press, Chicago) 99 (1989), p. 992.

32. Sobre la necesidad de remover no sólo las desigualdades provenientes de la «mala suerte» propia, como quiere la tradición liberal igualitaria defendida por Rawls o Dworkin, sino también aquellas que proceden de apropiaciones ilegítimas de otros, como ocurre con la explotación o la especulación, *vid.* A. Callinicos, *Igualdad*, trad. de J. Alborés, Siglo XXI, Madrid, 2003, pp. 95 ss. En el ordenamiento español, el Estatuto de Autonomía de Cataluña abre su catálogo de derechos, precisamente, con una cláusula que incluye un principio de libertad y autonomía contrapuesto a la idea de explotación (artículo 15): «todas las personas tienen derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de maltratos y de todas formas de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal».

33. «La justicia —podría escribir J. L. Aranguren— no consiste meramente en dar a cada uno, de una vez y para todas, lo suyo, sino de «re-stituirsele» de establecerle iterato,



Esta finalidad igualitaria y compensatoria, en todo caso, puede obtenerse de diferentes maneras, tanto mediante políticas y derechos diferenciados, como a través de medidas y derechos universales<sup>34</sup>. Un ejemplo de las primeras lo constituyen las llamadas medidas de acción positiva, que comprenden desde ayudas, becas o prestaciones específicas otorgadas a grupos vulnerables por razones de clase, de género, de origen étnico, de discapacidad física, etc., hasta cuotas temporales que aseguren el acceso a la representación política, a ciertos empleos o a las políticas públicas. El sentido de estas medidas consiste, precisamente, en compensar o remover las desventajas que estos grupos puedan haber soportado históricamente, propiciando al mismo tiempo una configuración plural e inclusiva de la esfera pública<sup>35</sup>. Uno de los problemas, sin embargo, de las medidas diferenciadas, es que corren el riesgo, si son desproporcionadas, de introducir a su vez nuevos estigmas, obteniendo resultados opuestos a los que en el fondo perseguían. De ahí que existan supuestos en los que la igualdad real de las oportunidades puede conseguirse con mayor eficacia a través de medidas que, en lugar de distinguir o discriminar, equiparen o generalicen. Esta es la lógica que inspira la reivindicación de ciertos derechos o políticas universales como la asistencia sanitaria y la educación básica o, más recientemente, el derecho a una renta básica incondicionada<sup>36</sup>. Con independencia, pues, de que estos derechos puedan ser financiados mediante políticas fiscales diferenciadas y progresivas lo que los caracterizaría sería la forma universal e incondicional de su prestación. Este universalismo formal per-

de metro, una y otra vez, en su dominio», y ello porque «la justicia ni fue establecida ni puede establecerse de una vez y para siempre [...] el reparto se desequilibra constantemente y siempre volvemos a ser —*iteratè*— acreedores y deudores» (J. L. Aranguren, *Ética*, en *Obras 2*, Trotta, Madrid, 1994, p. 436).

34. Vid. M. J. Abión, *Igualdad, diferencia y desigualdades*, Fontamara, México, 2001, pp. 33-59; J. García Añón, «Derechos sociales e igualdad», cit., pp. 79 ss.

35. Vid. K. Pérez Portilla, *Principio de igualdad: alcance y perspectivas*, cit., pp. 135 ss.; M. A. Barrere Unzueta, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997; D. Giménez Gluck, *Una manifestación positiva del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

36. A diferencia de otras prestaciones como el seguro de desempleo o las rentas de inserción condicionada, la renta básica es definida como un ingreso pagado por el estado, a modo de derecho de ciudadanía, a cada miembro de pleno derecho o residente de la sociedad incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre o, dicho de otra forma, independientemente de cuales puedan ser las otras posibles fuentes de renta, y sin importar con quién conviva. Cf., entre otros, D. Raventós, *El derecho a la existencia*, Ariel, Barcelona, 1999; G. Pisarello y A. de Cabo (eds.), *El derecho a la renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006.

mitiría reducir las mediaciones burocráticas y clientelistas y el estigma que las políticas focalizadas producen sobre los propios destinatarios.

Tampoco aquí se está, en todo caso, ante un instrumento que otorgue soluciones acabadas. Aunque las políticas universales pueden sortear de manera eficaz la estigmatización que producen las políticas selectivas basadas, por ejemplo, en la prueba de falta de recursos, también pueden introducir sobregeneralizaciones que desconozcan las necesidades específicas de ciertas clases o grupos de personas, homogeneizando situaciones que merecerían un trato diverso<sup>37</sup>.

En definitiva, más allá de su finalidad igualitaria, orientada a la compensación y tutela de los más débiles, los derechos sociales pueden adoptar tanto la forma de derechos universales, cuando el trato diferenciado discrimine de manera arbitraria, estigmatice y atente contra la dignidad de sus titulares, como la de derechos diferenciados, cuando el trato igual sobregeneralice o desconozca las diferencias legítimas.

### 3.3. La tesis de los derechos sociales como derechos de igualdad y no de diversidad

De esta tensión, precisamente, entre igualdad y diferencia suele derivarse otro mito similar al que sostiene que los derechos sociales serían derechos de igualdad y no de libertad: el que los califica de derechos que tutelan la homogeneidad social pero no el pluralismo o la diversidad cultural. También aquí, sin embargo, si se acepta que todos los derechos fundamentales pueden considerarse derechos a la igual dignidad, seguridad y libertad, el razonamiento tiene corto alcance. Entendida, de hecho, como el conjunto de recursos que capacita a las personas para participar en la vida social y escoger planes de vida propios, la noción de libertad está estrechamente ligada a la de pluralismo y diversidad cultural<sup>38</sup>. En consecuencia, resulta difícil no ver a todos los derechos civiles, políticos y sociales como derechos fundados en la necesidad de satisfacer el más amplio derecho a la igual libertad y a la igual diversidad de todas las personas.

Si la cuestión se debate desde el punto de vista de la teoría de las necesidades, resulta que las necesidades básicas son, en efecto, finitas, pocas y similares en diferentes tradiciones culturales y en distintos pe-

37. Un razonamiento en este sentido en J. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., pp. 506 ss.

38. Sobre este vínculo «capacidad/libertad», y por tanto «capacidad/diversidad», vid., por ejemplo, A. Sen, *El valor de la democracia*, cit., pp. 9 ss., 86 ss.

riodos históricos. Entre otras cuestiones, comprenderían alimento suficiente y agua limpia, un alojamiento que proteja de la intemperie, seguridad en la infancia, enseñanza adecuada o relaciones sociales primarias significativas. Estas necesidades podrían considerarse objetivas, transculturales y homogéneas. Sin embargo, los medios utilizados para asegurarlas pueden variar en el espacio y en el tiempo. Estos medios o necesidades instrumentales, cultural e históricamente condicionados, serían los satisfactores de las necesidades básicas<sup>39</sup>.

Si no se quiere fetichizar el papel de los bienes asignados a la satisfacción de las necesidades básicas es preciso reconocer el diferente valor que éstos pueden tener para las personas de acuerdo a sus características sociales, culturales, sexuales o físicas. Esta aproximación pluralista obliga a plantearse no la dotación de bienes objetivamente iguales para todos, sino la asignación a todas las personas de aquellos recursos que las capaciten para desarrollar sus diferentes potencialidades<sup>40</sup>.

Desde esta perspectiva, el vínculo entre derechos sociales y diversidad cultural, sexual, religiosa o lingüística resulta obligado. El derecho a la salud o a la integridad física y psíquica pueden considerarse la expresión de una necesidad común a todas las personas. Sin embargo, el contenido de lo que deba considerarse salud reproductiva y sexual adquiere significados diferentes en hombres y mujeres, e incluso entre mujeres pertenecientes a diferentes contextos culturales. El derecho a realizar trabajos dignos puede considerarse una necesidad compartida por la mayoría de miembros de una comunidad. No obstante, el valor que dan a los tiempos laborales o a las condiciones de realización de los mismos hombres y mujeres pueden diferir de manera sustancial<sup>41</sup>. La

39. Vid. I. Doyal e I. Gough, *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994; I. Gough, *Capital global, necesidades básicas y políticas sociales*, Ciep/Miño y Dávila, Buenos Aires, 2003; M. J. Añón, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; J. Herrera Flores, *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Tecnos, Madrid, 1989; F. J. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 52 ss., 95 ss.; C. Fabre, *Social Rights Under the Constitution*, cit., pp. 18 ss.

40. Esta justificación de los derechos ligada no tanto a la atribución universal y homogénea de una serie de bienes objetivos, como a los recursos que capacitan a las personas para funcionar de manera determinada, ha sido propugnada, entre otros, por A. Sen y M. Nussbaum (vid. M. Nussbaum y A. Sen [comps.], *La calidad de vida*, trad. de R. Reyes Mazzoni, FCE, México, 1996, pp. 15 ss., 54 ss., 558 ss.; A. Sen, *Bienestar, justicia y mercado*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 61 ss.; M. Nussbaum, «Capacidades y justicia social», en J. Riechmann (ed.), *Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*, La Catarata, Madrid, 1998, pp. 43-104).

41. M. I. Amoroso Miranda, A. Bosch Perera, C. Carrasco, H. Fernández Medrano y N. Moreno, *Malabarristas de la vida. Mujeres, tiempos y trabajos*, Icaria, Barcelona, 2003, pp. 13 ss.

disposición de un cobijo en el que guardarse puede reputarse una necesidad extendida en el espacio y el tiempo, pero lo que deba entenderse por una vivienda adecuada depende de múltiples factores, y no puede suponer lo mismo, por ejemplo, para una persona que tiene limitada su capacidad motriz que para otra que no<sup>42</sup>. El derecho a la educación, por fin, expresa una necesidad generalizable, pero la lengua en la que pretenda ejercerse depende de condiciones culturales que son, por tanto, diversas<sup>43</sup>.

En la medida en que las políticas sociales y las cuestiones redistributivas aparecen ligadas a las políticas de identidad y a las cuestiones de reconocimiento, el nexo entre derechos sociales, derechos culturales y derechos de participación también se estrecha<sup>44</sup>. En contextos sociales cada vez más multiculturales, el derecho de información, la libertad de expresión o la libertad ideológica constituyen herramientas importantes para participar en la delimitación del contenido de los propios derechos y de la propia diferencia y para alejar los peligros tanto del relativismo extremo como de un universalismo arrogante o usurpador.

Del relativismo extremo, porque en nombre de la diversidad o de la radical alteridad e incommensurabilidad entre culturas renuncia a poder distinguir entre prácticas opresivas y emancipatorias, y tiende a presentar como necesidades diferentes lo que en realidad son prácticas excluyentes o que atentan contra la dignidad. Del universalismo usurpador, porque en nombre de la igualdad y del carácter universal de los derechos tiende a negarlos a quienes no responden a la imagen dominante del sujeto de los derechos: el varón occidental, mayor de edad, heterosexual, autosuficiente o al menos trabajador; una imagen a la que no responden las mujeres, los niños, los nacidos fuera de las regiones ricas y privilegiadas, los que no tienen trabajo o sólo lo obtienen en

42. Para una persona con limitaciones físicas, la ausencia de barreras físicas arquitectónicas, por ejemplo, tiene un valor esencial en la definición del carácter «adecuado» y «digno» de una vivienda. Vid., el sugerente análisis-testimonio de M. Allué, *DisCapacitados. La reivindicación de la igualdad en la diferencia*, Bellaterra, Barcelona, 2003, pp. 169 ss.

43. En su Sentencia 3377/1994, por ejemplo, el Tribunal constitucional español recordó que el derecho a la educación incluye el derecho a recibirla en una lengua que se pueda comprender y que permita asumir los contenidos de las enseñanzas que se imparten (FJ 11).

44. Vid. N. Fraser, «La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación», en N. Fraser y A. Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate filosófico-político*, trad. de P. Manzano, Educación Crítica/Fundamentación Pádua, Madrid, 2006, pp. 17 ss.; N. Fraser, «Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia de género», *Revista Internacional de Filosofía Política* (IJAM, Madrid) 8 (1996); asimismo, R. Mestre, *La catra de Pandora. Introducción a la teoría feminista del derecho*, cit., pp. 40 ss., 157 ss.

el mercado informal o clandestino, o en el ámbito doméstico, etc. Así concebido, este universalismo se presenta como un universalismo opresivo que impone desde «afuera» su propia comprensión de los derechos, silenciando la voz de sus destinatarios y amparando, en definitiva, el ejercicio sobre ellos de diversas formas de violencia<sup>45</sup>.

La articulación práctica entre igualdad y diversidad, y la distinción entre desigualdades ilegítimas que deben eliminarse o compensarse y diferencias legítimas que deben reconocerse y respetarse, no es sencilla. De lo que se trataría, en realidad, es de propugnar un *universalismo pluralista* que reconociera que el primer derecho a generalizar es el igual derecho de todos a la propia diversidad, y un *pluralismo universalizable* que fuera capaz de rechazar las diferencias que conducen a la opresión y a la exclusión y, con ello, a la pérdida de diversidad. La igualdad, así, debería resultar preferida cuando la diferencia genere dominación o estigmatice, y la diversidad, en cambio, cuando la igualdad uniformice o descaracterice<sup>46</sup>.

Donde los elementos objetivos se difuminan, en todo caso, la única manera de alejar el fantasma de la arbitrariedad consiste en acudir al recurso de la intersubjetividad y de la deliberación democrática. Así, la garantía inclusiva y plural, tanto de las necesidades básicas como de las instrumentales, tanto de las que aseguran la homogeneidad social como de las que facilitan la diversidad cultural, se presenta indisoluble de una concepción ambiciosa de la democracia, preocupada por hacer audible, en todo momento, la voz de los involucrados en su construcción, comenzando por aquellos que, por cualquier razón, se encuentran en una posición de específica vulnerabilidad.

### 3.4. Elementos para una fundamentación común de los derechos fundamentales

A lo largo de este capítulo se ha intentado rebatir el argumento de la subordinación axiológica de los derechos sociales a los derechos civiles y políticos. Por el contrario, se ha sostenido que todos ellos pueden considerarse derechos indivisibles e interdependientes susceptibles de

45. Vid. J. de Lucas, «Derechos sociales de los inmigrantes: ciudadanía y exclusión», en M. J. Añón y J. García Añón (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, cit., pp. 261 ss.

46. Una formulación similar en B. Sousa Santos, *La caída del Angelus Novus*, cit., p. 153.

fundamentación común: la igual dignidad, la igual libertad, la igual seguridad o la igual diversidad de todas las personas.

Ciertamente, esta relación no excluye la posibilidad de conflictos contingentes entre derechos. El Derecho moderno, en realidad, es un Derecho dúctil, pródigo en supuestos de colisión entre derechos y principios que deben ser sometidos a la técnica de la ponderación<sup>47</sup>. Así ocurre con los frecuentes conflictos entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, entre el derecho a la libre circulación y la salud pública o entre el derecho de huelga y el derecho de acceso a ciertos servicios esenciales.

No obstante, podría decirse que estos conflictos, en tanto que contingentes, no están necesariamente ligados a la estructura política y económica profunda de las sociedades actuales. En la mayoría de sistemas políticos y económicos contemporáneos es posible señalar, junto a ellos, conflictos estructurales que comportan tensiones no tanto entre derechos, sino entre derechos y privilegios o, si se prefiere, entre derechos y poderes. Es el caso de los derechos patrimoniales de propiedad privada o de libertad de empresa que, cuando operan de manera tendencialmente absoluta e ilimitada, tienden a configurarse como poderes y a poner en riesgo la vigencia generalizada del resto de derechos fundamentales. O de los derechos derivados de la representación política o institucional, que librados a su suerte y exentos de controles, también tienden a generar poderes burocráticos que amenazan las libertades civiles, políticas y sociales de las personas<sup>48</sup>.

Así las cosas, la verdadera tensión estructural que recorre los estados modernos no es tanto la que pueda tener lugar entre los propios derechos civiles y políticos o entre éstos y los derechos sociales. Es, más bien, la que se plantea entre derechos fundamentales civiles, políticos y sociales, tendencialmente generalizables e inclusivos, y derechos patrimoniales y de representación selectivos y tendencialmente excluyentes.

De hecho, una de las mayores debilidades que presentan las tesis

47. Así, en el ya clásico *Derecho dúctil*, de G. Zagrebelsky, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 2005.

48. No se escapa aquí que los derechos de representación tienden a generar abusos, sobre todo, cuando esa representación es auto-asignada y no escogida, como ocurre en las dictaduras. Sin embargo, incluso cuando la representación institucional es producto de la elección, entraña un acto de delegación que facilita, al menos de manera tendencial, la concentración «patrimonialista» del poder político y la burocratización. Pierre Bourdieu desarrolló de manera sugerente la ambigüedad inherente a las lógicas de la delegación, poniendo de relieve cómo el representante contribuye a la existencia política del grupo al que representa, pero corre el riesgo, al mismo tiempo, de desprenderlo de su voluntad colectiva. Vid., por ejemplo, P. Bourdieu, *Langage et pouvoir symbolique*, Seuil, París, 2001, pp. 15 ss.

que defienden la interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos es asumir que el respeto por la igual dignidad, seguridad y libertad de las personas es posible en el marco de una economía capitalista<sup>49</sup>. Por el contrario, en la medida en que ésta incluye, entre sus elementos constitutivos, la acumulación y concentración tendencial de poder privado, así como el desarrollo de poderes estatales coactivos que la apuntalen, su expansión resulta incompatible con la igual satisfacción de los derechos civiles, políticos y sociales de todas las personas y, por consiguiente, de su igual dignidad y libertad.

De lo que se trataría, una vez más, no es tanto de eliminar los mercados, que son un mecanismo de intercambio anterior incluso a las economías capitalistas, como de limitar y controlar los poderes de mercado o, si se prefiere, el poder del capital<sup>50</sup>. Para ello sería menester distinguir el derecho patrimonial de propiedad privada, entendido como fuente potencial de abusos y privilegios, del derecho civil a la propiedad o al control estable de recursos, entendido como fuente generalizable de satisfacción de necesidades básicas<sup>51</sup>. Del mismo modo, la igualdad de todos en sus derechos civiles, políticos y sociales no comportaría la imponible e indeseable remoción de toda estructura institucional, sino de aquellas formas estatales que puedan actuar como fuente potencial de arbitrariedad burocrática y como soporte para el desarrollo de poderes privados también incontrolados.

Esta incompatibilidad entre la distribución igualitaria de los derechos y los sistemas políticos y económicos dominantes en los últimos siglos resulta más evidente aún si la exigencia de ampliar la autonomía se prolonga en el tiempo y en el espacio. En buena medida, en efecto, la ampliación igualitaria de los derechos está ligada a las relaciones de

49. Vid. D. Schweickart, «¿Son compatibles la libertad, la igualdad y la democracia? Sí, pero no bajo el capitalismo», en R. Gargarella y F. Ovejero (comps.), *Razones para el socialismo*, Paidós, Barcelona, 2001, pp. 131 ss. Dudas similares sobre la convicción liberal de poder alcanzar «una igualdad sin lágrimas» es decir, sin un conflicto social significativo», plantea A. Callinicos en *Igualdad*, cit., p. 126. La cuestión, en cualquier caso, es completa. El propio Rawls mantenía que su liberalismo igualitario era axiológicamente incompatible con a) el capitalismo de *laissez faire*; b) el capitalismo del estado de bienestar y c) el socialismo de planificación central. En cambio, lo consideraba compatible con a) una democracia jefersoniana o jacobina de pequeños propietarios y b) con un socialismo de mercado. Lo que no resulta claro es que estos últimos modelos, sobre todo si se conciben en una escala regional o internacional, sean compatibles con una economía capitalista. Sobre la posición de Rawls en este punto, cf. A. de Francisco, «El último Rawls: ¿republicano o liberal?», *Res Pública* (Murcia) 9-10 (2002).

50. Sobre la posibilidad de pensar formas socialistas, no tanto de mercado, como con mercados, vid. D. Schweickart, *Más allá del capitalismo*, Sal Terrae, Santander, 1997, pp. 439 ss. En sentido similar R. Dahl, *Democracia económica*, cit., pp. 101 ss., 136 ss.

51. Vid. *supra* apartado 3.2.

fraternidad o solidaridad que las clases o grupos vulnerables establecen entre sí<sup>52</sup>.

Históricamente, sin embargo, el principio de solidaridad ha funcionado de manera estrecha, extendiéndose principalmente a quienes se reconocen como «próximos» y sólo, a través de diferentes mediaciones, a quienes resultan «extraños» o «lejanos». Así, para la ideología productivista que a lo largo del siglo XX ha impregnado la evolución de los estados sociales reformistas, dentro del capitalismo, y del socialismo burocrático, en principio fuera de él, la solidaridad generada por los derechos sociales no era incompatible con la obtención y consumo de recursos potencialmente ilimitados. Es más, el crecimiento económico cuantitativo aparecía como una condición indispensable para el desarrollo y el aumento de la autonomía de las personas. Lo cierto, sin embargo, es que la idea de que las necesidades sólo se satisfacen consumiendo «cosas», y de que el desarrollo y la ampliación de la autonomía consisten en la expansión ilimitada del consumo, presenta en las condiciones actuales muchos problemas desde el punto de vista de una justificación solidaria y sostenible tanto de los derechos sociales como de los derechos civiles y políticos<sup>53</sup>.

Para comenzar, la ampliación de la autonomía, entendida también como emancipación, no es una categoría que pueda vincularse a la posesión indiscriminada de cosas. Por el contrario, la satisfacción de necesidades básicas vinculadas a la ampliación de la autonomía puede comprender, junto al control sobre ciertos recursos, la liberación de la servidumbre de las cosas. En este sentido, el punto de vista productivista que vincula el progreso al crecimiento económico cuantitativo e ilimitado y que identifica la satisfacción de los derechos básicos con el acceso a un consumo de bienes también sin fin, resulta insolidario desde varias perspectivas.

En primer lugar, porque no resulta generalizable en el espacio, es decir, porque en las condiciones actuales sólo puede subsistir al precio de explotar y mantener en el subdesarrollo a los países y regiones más pobres, comenzando por las zonas rurales. En segundo término, porque el «derecho a destruir» que este modelo comporta, no resulta perdurable en el tiempo: la capacidad de la biosfera para aguantar el agresivo sistema productivo que proporciona derechos y recursos sobreabun-

52. Vid., al respecto, J. de Lucas, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1992.

53. Vid. J. Semper, «Demandas ecosocialistas», y J. Riechmann, «Necesidades humanas frente a límites ecológicos y sociales», en J. Riechmann (ed.), *Necesitar, vivir, desear*, cit., pp. 274 ss. y 291 ss.

dantes a una minoría privilegiada del planeta es cada vez más reducida e incompatible con el acceso de las generaciones futuras a derechos y recursos de similar o mejor calidad<sup>54</sup>.

Ampliar, por tanto, el círculo de solidaridad en torno al que gravitan los derechos sociales y el derecho al desarrollo, de manera que quepan en él no sólo los países y regiones ricos, sino también los países y regiones empobrecidos, no sólo las generaciones actuales sino también las generaciones futuras, no permitiría extender a todo el mundo las pautas de producción y consumo marcadas por las minorías privilegiadas del planeta. Por el contrario, exigiría introducir formas de consumo y de producción que aseguren la satisfacción sostenible en el tiempo y en el espacio de las necesidades básicas de todos. De lo que se trataría, así, no es fundamentalmente de impedir a las personas y colectivos peor situados el acceso a los recursos de los que ya gozan los más privilegiados, sino de propiciar tanto una redistribución de recursos y activos productivos como una renuncia igualitaria a aquellos bienes o servicios particularmente insolidarios o no generalizables<sup>55</sup>.

Entendidos como una exigencia del principio de igualdad, los deberes de solidaridad establecen límites al ejercicio absoluto de los derechos y, de manera especial, a su tendencia a asumir la estructura acumulativa y excluyente de los derechos patrimoniales. Esto quiere decir que aunque son importantes para la expansión de la autonomía, no todas las preferencias y gustos personales pueden considerarse legítimos, sobre todo si ello los convierte en privilegios insostenibles tanto en el tiempo como en el espacio e impide la satisfacción de las necesidades básicas de otros seres humanos.

Ciertamente, en el actual contexto de mercantilización de diversas esferas de la vida, no es sencillo distinguir lo que son necesidades autónomas e informadas de lo que son necesidades inducidas o «artificiales»<sup>56</sup>; lo que son deseos legítimos y generalizables de lo que son deseos

54. M. Rémoult-Gouilloud, *El derecho a destruir. Ensayo sobre el derecho del medio ambiente*, trad. de P. Barraquán, Lospada, Buenos Aires, 1994, pp. 45 ss.

55. «El desarrollo o progreso humano —sostiene J. Riechmann— en lugar de identificarse con el crecimiento de los índices de la Contabilidad Nacional como el PNB, ha de concebirse como un aumento de las opciones vitales de la gente [...] en un marco de sustentabilidad ecológica, y situando en primer lugar las opciones de satisfacción de las necesidades básicas de salud y autonomía personal» («Necesidades humanas frente a límites ecológicos y sociales», en J. Riechmann [coord.], *Necesitar, vivir, desear*, cit., pp. 301 ss.).

56. Esta distinción entre necesidades autónomas y heterónomas, verdaderas y falsas, fue defendida, entre otros, por H. Marcuse. Según Marcuse, son necesidades falsas «aquellas que intereses sociales particulares imponen al individuo para su represión; las necesidades que perpetúan el esfuerzo, la agresividad, la miseria y la injusticia [...] La mayor parte de las necesidades predominantes de descansar, divertirse, comportarse y consumir

insostenibles, superfluos o simples preferencias adaptativas<sup>57</sup>. Lo que está claro, sin embargo, es que la satisfacción de las necesidades básicas de todos los seres humanos, de manera ecológicamente sostenible en el tiempo y en el espacio, exige pensar los derechos civiles, políticos y sociales como derechos de igual libertad, pero de libertad contenida. Y la única manera de que la contención y los límites a la libertad no aparezcan como intervenciones heterónomas, arbitrarias, es que se inscriban en un permanente proceso de autolimitación personal y colectiva. Los derechos civiles, políticos y sociales, y la democracia misma, podrían, desde esta perspectiva, pensarse como paradójicas figuras de la autolimitación sin las cuales ni el poder humano admitiría como alguno ni la libertad sería un bien genuinamente el alcance de todos<sup>58</sup>.

Esta asunción de la igual consideración en el tiempo y en el espacio de los intereses básicos de todas las personas refuerza, en cualquier caso, los argumentos a favor de un fundamento común para todos los derechos fundamentales. La satisfacción de todos ellos, sean civiles, políticos, sociales o culturales, podría considerarse ligada, de igual manera, a valores y principios como la solidaridad, la dignidad, la libertad, la seguridad o el pluralismo. Y nada hay, en realidad, que justifique una jerarquía axiológica de la que pueda deducirse una protección diferenciada<sup>59</sup>.

de acuerdo con los amonios, de amar y odiar lo que otros odian y aman, pertenecen a esta categoría de falsas necesidades» (H. Marcuse, *El hombre unidimensional*, trad. de A. Elorza, Planeta Agostini, Barcelona, 1985, pp. 35-36).

57. Las preferencias adaptativas son aquellas que reducen las propias aspiraciones y objetivos en razón de su posibilidad inmediata de satisfacción. No se trata, por tanto, de una planificación consciente de los propios deseos, sino de una rebaja en las aspiraciones que tiene por objeto evitar la frustración que supone tener preferencias que no se pueden cumplir.

58. Esta idea ha sido sugerida, en clave castoriadiana, por J. Riechmann en *Todo tiene un límite: ecología y transformación social*, Debate, Madrid, 2001, p. 31, y *Gente que no quiere viajar a Marte. Ensayo sobre ecología, ética y autolimitación*, La Catarata, Madrid, 2004. En un sentido similar, X. Pedrol, «Introducción» a C. Castoriadis, *Escritos políticos. Autología*, La Catarata, Madrid, 2005, p. 31.

59. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ofrece un buen ejemplo de esta injustificada distinción. Aunque asume en principio la interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos, los adscribe a valores o principios diferenciados —«dignidad», «libertad», «solidaridad», «ciudadanía», «justicia»—, reproduciendo el prejuicio de considerar unos derechos de mayor peso axiológico que otros. Los derechos sociales —con la excepción de la libertad de trabajar y el derecho a la educación— aparecen consagrados como derechos de solidaridad, condicionados a lo que se establezca en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales—. Los derechos civiles, en cambio, se configuran como derechos de «dignidad» o de «justicia» junto a la propiedad y la libertad de empresa, bajo el sintomático título común de «libertad».

LA CRÍTICA DE LA PERCEPCIÓN TEÓRICA:  
LA TESIS DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO  
DERECHOS ESTRUCTURALMENTE DIFERENTES  
A LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Incluso entre quienes estarían dispuestos a reconocer que los derechos sociales no son simples derechos tardíos, o que desde el punto de vista axiológico pueden perfectamente concebirse como derechos con fundamentos comunes, existe una asentada convicción de que entre éstos y los derechos civiles y políticos media una tajante e insalvable diferencia estructural que incide, a la postre, en sus posibilidades de protección.

En este plano teórico, de un cierto nivel de abstracción, los derechos civiles y políticos aparecerían como derechos negativos, no onerosos y de fácil protección. Los derechos sociales, en cambio, serían ante todo derechos positivos, costosos, y condicionados en su realización a la ineluctable reserva de lo económicamente posible o razonable. Esta característica se agravaría por el hecho de que, a diferencia de los derechos civiles y políticos, se trataría de derechos vagos e indeterminados, que no dejan claro ni cuál es la conducta a la que obligan ni quiénes son los sujetos obligados. Finalmente, se trataría de derechos de dimensión colectiva que, a diferencia de los individuales, no serían susceptibles de ciertas formas de tutela, por ejemplo, ante los tribunales.

En muchas de estas críticas teóricas confluyen, como es evidente, argumentos históricos, axiológicos e incluso dogmáticos, derivados de lo que establecen los ordenamientos jurídicos concretos. Pero una vez más, se trata, bien de prejuicios ideológicos susceptibles de refutación, bien de objeciones que podrían aplicarse a todos los derechos fundamentales y que no constituyen, por consiguiente, una suerte de defecto «genético» que quepa atribuir de manera exclusiva a los derechos sociales.

#### 4.1. La tesis de los derechos sociales como derechos prestacionales y costosos

La imagen de los derechos sociales como derechos exclusivamente prestacionales y caros ha sido determinante a la hora de justificar su protección debilitada. Lo cierto, empero, es que este retrato ofrece numerosos flancos para la crítica. Sobre todo cuando se quiere contraponer al de unos derechos civiles y políticos que, por el contrario, sólo generarían obligaciones negativas, de abstención, y serían, en consecuencia, derechos baratos y de tutela siempre sencilla<sup>1</sup>.

En primer lugar, ni los derechos civiles y políticos pueden caracterizarse sólo como derechos negativos, de abstención, ni los derechos sociales actúan siempre como derechos positivos, de prestación. No son pocos, en efecto, los supuestos que permitirían concebir también a los derechos civiles y políticos como derechos positivos generadores de complejas e incluso costosas obligaciones de hacer. Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión no puede reducirse a la simple prohibición de censura, sino que debe comprender, además, la habilitación de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios o televisiones, o una regulación, en general, que evite los monopolios y garantice el pluralismo informativo. El derecho de propiedad, por su parte, no sólo encierra, como pretende la imagen liberal clásica, la ausencia de interferencias arbitrarias, sino un sinnúmero de prestaciones públicas, con frecuencia costosas. Desde la creación de registros de la propiedad de diverso tipo (automotora, inmobiliaria, etc.), hasta la financiación de juzgados, funcionarios y fuerzas de seguridad que puedan garantizar los contratos en los que la propiedad está en juego. El derecho de voto, igualmente, comporta el despliegue de una prolija infraestructura que incluye, desde cuestiones mínimas, como urnas, sobres o papel, hasta otras más complejas como personal fiscalizador, establecimientos en condiciones y complejos sistemas de recuento de votos. Incluso el derecho a no ser torturado encierra la existencia de cuerpos de seguridad debidamente identificados y formados en principios garantistas, así como el mantenimiento de centros de detención adecuados.

Todos los derechos civiles y políticos, en definitiva, entrañan, al igual que los derechos sociales, una cierta dimensión distributiva. Su

1. Para diferentes variantes de esta formulación, cf., entre otros, V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 21 ss.; F. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 17 ss.

satisfacción exige la asignación de subvenciones, ayudas, espacios públicos y recursos financieros, humanos y técnicos que permitan a las personas expresarse, asociarse o practicar sus creencias religiosas. Lo que está en juego, por lo tanto, no es cómo garantizar los derechos más caros, sino decidir cómo y con qué prioridades se asignan los recursos que la satisfacción de todos los derechos exige<sup>2</sup>.

Del mismo modo, si los derechos sociales son, en efecto, derechos positivos, de prestación, ello no obsta a que puedan comportar, también, deberes negativos, de abstención. Así, el derecho a una vivienda digna consiste no sólo en el derecho a acceder a una unidad habitacional de protección pública, sino también en el derecho a no ser desalojado de manera arbitraria o a no ser objeto de cláusulas abusivas en los contratos de alquiler. El derecho a la salud, igualmente, no puede reducirse al otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo precio, ya que incluye, además, deberes negativos como el de no contaminación o el de no comercialización de productos en mal estado. Ni el derecho al trabajo, como ha puesto de relieve la doctrina iuslaboralista, se agota en el derecho a acceder a un empleo digno, sino que supone, entre otras cuestiones, la interdicción de los despidos injustificados o el respeto por la libertad de expresión de los trabajadores.

Muchas de estas obligaciones negativas, en efecto, no implican grandes desembolsos financieros ni dependen tanto, contra lo que suele plantearse, de la reserva de lo económicamente posible. Es más, existen obligaciones positivas vinculadas a la satisfacción de derechos civiles, políticos y sociales que tienen que ver no con prestaciones fácticas, sino con prestaciones normativas, como el dictado de una ley, un reglamento o, simplemente, de un marco regulatorio que garantice la seguridad jurídica en el disfrute del derecho. Entre las prestaciones fácticas, por su parte, existen algunas, como la provisión de información sobre programas públicos, o el establecimiento de mecanismos adecuados de consulta y participación, que no tienen un coste exorbitante y son, sin embargo, de importancia central para la satisfacción del derecho.

Contemplados en su faceta polidérmica, puede decirse que todos los derechos comportan, en realidad, un amplio abanico de obligaciones exigibles ante los poderes públicos: desde obligaciones negativas de *respeto* hasta obligaciones positivas de *promoción y satisfacción*, pasando

2. Esta idea de que todos los derechos tienen un coste constituye el argumento central del libro de S. Holmes y C. Sunstein *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, New York/London, 1999.

por obligaciones de *protección* frente a vulneraciones provenientes de particulares y actores privados<sup>5</sup>.

Una de las principales obligaciones que los derechos sociales generan para los poderes públicos es, en efecto, la obligación negativa de no regresividad. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de Naciones Unidas, que es el órgano encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de DESC, este principio obliga a los poderes públicos a no adoptar medidas y políticas y, por consiguiente, a no sancionar normas jurídicas, que empecoren sin justificación razonable y proporcionada la situación de los derechos sociales.

En palabras del propio Comité, «cualquier medida deliberadamente regresiva [...] requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos de que se dispone»<sup>6</sup>.

Esta articulación del principio de no regresividad en el ámbito del Derecho internacional no es ajena tampoco a la teoría constitucional. La teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales, o la prohibición de «supresiones definitivas» o «desatenciones groseras» en materia de derechos sociales, fue articulada ya en Alemania, tras la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn, como un corolario lógico de la idea misma de la fuerza normativa de la Constitución y del contenido mínimo o esencial de los derechos en ella reconocidos<sup>7</sup>. Asimismo, ha sido objeto

3. Esta distinción se remonta al libro de H. Shue *Basic Rights. Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, New Jersey, 1980, pp. 52 y 53. Allí Shue distinguió entre la obligación de evitar privaciones, de proteger y de ayudar (*to avoid, to protect, to aid*). Posteriormente, afinó su posición en «The Interdependence of Duties», en P. Alston y K. Tomasevski (eds.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984. Para una reconstrucción actualizada en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, *vid.* A. Eide, «Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights», en A. Eide et al. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Kluwer Law International, Den Haag, 2004, pp. 23 ss.

4. Sobre el alcance del principio de no regresividad, *vid.*, en general, J. Rossi, «La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU», en C. Cortis (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Puerto/Cedal/CELS, Buenos Aires, 2006, pp. 79 ss.

5. Para el caso alemán, puede verse A. M. Suárez Franco, «Los límites constitucionales a las medidas regresivas de carácter social en Alemania: una aproximación al análisis doctrinal», *ibid.*, pp. 361 ss.; L. Parejo, *Estado social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 54-55, 89 ss.; E. W. Bockenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requero e I. Villaverde, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 81 ss.

de desarrollarlos similares en otros ordenamientos como el portugués<sup>8</sup>, el español<sup>9</sup>, el colombiano<sup>8</sup>, el brasileño<sup>9</sup> o el francés<sup>10</sup>.

El razonamiento es sencillo: una vez regulados, los derechos sociales constitucionales introducen un núcleo esencial, intangible, de necesidades básicas que el legislador no puede modificar en un sentido regresivo. Sobre todo si con ello vulnera el debido proceso o si frustra, bien la «confianza» generada en sus titulares, bien una expectativa legítima que podría asimilarse tanto al derecho a la seguridad jurídica como al derecho de propiedad<sup>11</sup>.

Esta idea de un contenido infranqueable que actúa como barrera frente a posibles intervenciones arbitrarias por parte de los poderes públicos ha sido desarrollada en el derecho continental europeo en relación con el carácter subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales. Aunque ambas dimensiones suelen confundirse, desde un punto de vista subjetivo, las normas que consagran derechos fundamentales operarían

6. En Portugal, J. J. Gomes Canotilho se ha referido a la existencia de cláusulas constitucionales implícitas que prohíben una «evolución reaccionaria» o el «retroceso social» («O Regime dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais», en *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 449).

7. En el caso español, el tema de la irreversibilidad de los derechos sociales fue tratado de manera temprana por L. López Guerra en «Un Estado social», en J. de Esteban y L. López Guerra, *El régimen constitucional español I*, Barcelona, 1980, pp. 313 ss. Con algo más de extensión ha abordado también la cuestión de la «irreversibilidad» de los derechos sociales A. Ojeda Marín, en *Estado social y crisis económica*, Complutense, Madrid, 1996, pp. 91 ss.

8. *Vid.* R. Arango, «La prohibición de retroceso en Colombia», en C. Cortis (ed.), *Ni un paso atrás...*, *cf.*, pp. 153 ss.

9. *Vid.* L. Sarlett, «La prohibición de retroceso de los derechos sociales fundamentales: algunas notas sobre el desalojo de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis», *ibid.*, pp. 329 ss.

10. Según D. Roman, el propio Conseil Constitutionnel francés ha hecho uso, aunque de manera irregular, del llamado *clapot anti-retour*. Así, por ejemplo, en su Decisión n.º 97-393, de 1997, sobre Asignaciones Familiares sostuvo que el legislador podía «modificar o derogar textos anteriores con el objeto de sustituirlos por otras disposiciones». No obstante, agregó, «no podrá, en ejercicio de este poder, privar de garantía legal a las exigencias constitucionalmente determinadas». *Vid.* D. Roman, *Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ, Paris, pp. 280 ss.

11. La utilización del derecho de propiedad como barrera a los recortes de derechos sociales ha sido abordada en el derecho norteamericano por C. Reich, «The New Property»: *The Yale Law Journal* 73 (1964), pp. 733 ss., y F. Michelman, «Possession v. Distribution in the Constitutional Idea of Property»: *Yale Law Review* 72 (1987), pp. 1319 ss. Para una reflexión crítica al respecto, basada en los peligros que supone ligar un derecho «insolidario» como la propiedad a la tutela de derechos de «solidaridad», tienen interés las reflexiones de J. Nedelsky, «American constitutionalism and the paradox of private property», en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, New York, 1993.



como normas que atribuyen a sus titulares expectativas negativas o positivas frente a los poderes públicos. Desde un punto de vista objetivo, en cambio, actuarían más bien como principios que imponen a los poderes públicos el deber de tutelar aquellas instituciones públicas o aquellos institutos privados que hacen posible el ejercicio mismo de los derechos<sup>12</sup>. Así, por ejemplo, el deber de respetar el núcleo básico que hace reconocible un sistema público de educación, de comunicación, de sanidad, de recursos habitacionales o de seguridad social<sup>13</sup>.

Ciertamente, la idea de no regresividad no excluye la posibilidad de que puedan efectuarse reformas en ciertas políticas sociales, por ejemplo, para destinar esos recursos a clases o grupos en mayor situación de vulnerabilidad. Esa alternativa, sin embargo, no significa otorgar una carta en blanco a los poderes públicos: éstos deben probar, en todo caso, que la modificación que proponen redunda en una mayor protección de los derechos sociales consagrados en la Constitución o en los tratados internacionales de derechos humanos o que sirve a la atención prioritaria de los grupos más vulnerables<sup>14</sup>. También aquí, en definitiva, podría distinguirse entre un contenido básico, indisponible, y un programa de máximos susceptible de modulación normativa de acuerdo con las afinidades de los poderes políticos de turno y a las concretas circunstancias socio-económicas<sup>15</sup>.

Siguiendo esta idea, la calificación de una actuación pública como regresiva en relación con un derecho se ha hecho depender con frecuencia, como se señalaba antes, de su carácter irrazonable o desproporcio-

nado. En el Derecho comparado es cada vez más frecuente la utilización de estándares que permiten medir la razonabilidad o la proporcionalidad de un plan, de un programa o de una política pública *prima facie* regresivos<sup>16</sup>.

Estos criterios incluirían<sup>17</sup>: a) la *legitimidad* de la medida en cuestión, esto es, su vinculación a fines admitidos por el ordenamiento constitucional y, sobre todo, su no vinculación a fines proscritos; b) la *idoneidad* de la medida en cuestión, es decir, su carácter, si no óptimo, al menos adecuado y congruente para proteger los fines previstos; c) la *necesidad* de la disposición en juego, esto es, su carácter indispensable o imprescindible, y sobre todo, la inexistencia de alternativas menos gravosas para los derechos afectados; d) lo que se conoce como *proporcionalidad* en sentido estricto de la medida en cuestión, o sea, que se trate de una medida equilibrada o proporcionada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que para otros bienes o valores en conflicto.

En realidad, el alcance del principio de no regresividad podría ir aún más allá e incluir un control agravado del debido proceso sustantivo. Así, incluso si una regulación propuesta por el legislador o por el ejecutivo fuera «razonable» o «proporcionada» de acuerdo con los estándares anteriores, no podría empeorar la regulación vigente de los derechos sociales desde el punto de vista de su amplitud y goce<sup>18</sup>. El contenido esencial o mínimo del derecho sería una barrera última que ninguna medida regresiva podría rebasar, aunque se tratara de una medida en principio proporcional<sup>19</sup>. Es más, según el Comité DESC, esta obligación de no regresividad subsistiría incluso en tiempos de contrac-

12. Esta distinción entre dimensión subjetiva y objetiva de los derechos, o si se prefiere entre derechos fundamentales y garantías institucionales, se remonta al contexto constitucional de Weimar de 1919. Una primera aproximación al respecto en A. Gallego Anabitarte, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local y opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994.

13. Refiriéndose, precisamente, a la seguridad social, el Tribunal constitucional español recurrió en su Sentencia 37/1994 que el artículo 41 «consagra en forma de garantía institucional un régimen público» cuyo «núcleo o reducto indisponible para el legislador [...] ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar».

14. A propósito del caso español, M. López Aznar, E. Niño Rato y F. Orozco Jiménez sostienen que «cabría reducir el nivel de ciertos seguros y prestaciones sociales si con ello se repartiera mejor el nivel de prestaciones disponibles, es decir, si se cubrieran otros objetivos como la extensión de la cobertura social a un mayor número de beneficiarios, justificándose así la reducción o endurecimiento de las protecciones anteriormente cubiertas» («La ley de pensiones desde la perspectiva constitucional»: *Revista Española del Derecho del Trabajo* [Madrid] 23 [1985], pp. 384 ss.).

15. La cuestión del contenido mínimo o esencial de los derechos es tratada de manera más detenida en el apartado 5.2.

16. El Tribunal constitucional español, de hecho, pareció asumir esta vía cuando, en su Sentencia 8/1982, desplazó a los poderes públicos la carga de justificación en casos de medidas *prima facie* regresivas. Así, invocando el principio de igualdad material recogido en el artículo 9.2 de la Constitución y los deberes derivados del principio del estado social, sostuvo que «no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas» (FJ 3).

17. Se trata de los elementos básicos que integran el *test* de proporcionalidad en algunos ordenamientos contemporáneos como el alemán o, más recientemente, el español. Para una visión más amplia, con referencias explícitas a los derechos sociales, *vid.* C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.

18. V. Abramowicz y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, etc., pp. 96 ss.

19. Es lo que sostienen, por ejemplo, las llamadas «teorías absolutas» del contenido esencial de los derechos, para las que existe un núcleo absolutamente protegido del derecho en relación con el cual ni siquiera caben limitaciones «proporcionales». Cf., al respecto, R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 288 ss.

ción económica, de manera que «un deterioro general en las condiciones de vida [...] que fuera directamente atribuible a las decisiones de política general, a las medidas legislativas de los estados partes y a la falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto».<sup>20</sup>

La obligación de no regresividad, en todo caso, está estrechamente ligada a la obligación de progresividad<sup>21</sup>. Este principio autoriza a los poderes públicos a desarrollar el contenido del derecho en el tiempo y a hacerlo de manera gradual, en la medida en que existan recursos disponibles. Sin embargo, no constituye una carta blanca que permita a los poderes públicos postergar de manera indefinida la satisfacción del derecho en cuestión. Por el contrario, es un deber que entraña obligaciones concretas, comenzando por la de demostrar, cuando sean requeridos, que están realizando el máximo de esfuerzos y hasta el máximo de recursos —humanos, financieros, informativos, tecnológicos—<sup>22</sup> para satisfacer al menos el contenido mínimo o esencial del derecho en cuestión y para dar soluciones, de manera prioritaria, a los grupos en mayor situación de vulnerabilidad<sup>23</sup>.

Contra lo que sostiene el mito de la diferencia tajante entre derechos, las obligaciones negativas y positivas, así como los deberes de no retroceso y de progresividad, incumben de modo semejante tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos sociales. Así, la reivindicación positiva de derechos civiles, políticos y sociales no resulta viable si no se cuestionan, al mismo tiempo, los recortes de políticas sociales y la degradación normativa de los principios del Estado social que afectan, de manera similar, a unos y a otros.

20. Ver Observación General n.º 4, punto 11.

21. Cf. M. Sepúlveda, «La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las obligaciones derivadas de la expresión 'progresivamente' contenida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en C. Courtis (ed.), *Ni un paso atrás*, cit., pp. 117 ss.

22. Cf. R. Robertson, «Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the Maximum Available Resources to Realizing Economic, Social and Cultural Rights: *Human Rights Quarterly* 16:4 (1994), pp. 693-694.

23. Vid. Observación General n.º 3, puntos 2 y 9, del Comité DESC. En la Observación General n.º 4, punto 11, por ejemplo, el Comité sostiene: «Los Estados deben dar prioridad a los grupos que vivan en condiciones desfavorables brindándoles especial consideración. En consecuencia, las políticas y la legislación no deberían beneficiar a los grupos ya aventajados en detrimento del resto».

#### 4.2. La tesis de los derechos sociales como derechos vagos e indeterminados.

Habitualmente, la tesis que explica las dificultades de protección de los derechos sociales aludiendo a su carácter prestacional, viene reforzada por la denuncia de su carácter intrínsecamente vago e indeterminado<sup>24</sup>. Según esta última objeción, fórmulas como «vivienda digna» o «el más alto nivel posible de salud», dirían muy poco acerca del contenido concreto del derecho en cuestión así como de las obligaciones que entrañan. Así considerados, los derechos sociales comportarían algunas obligaciones de resultado, pero dejarían en la total indeterminación los medios concretos que deberían emplearse para alcanzarlas. Los derechos civiles y políticos, en cambio, no sólo estipularían un objetivo a perseguir, sino que proibirían, al menos, aquellos medios que provocaban su vulneración. A pesar de su aparente radicalidad, estos argumentos admiten matices diversos.

En primer lugar, un cierto grado de indeterminación y de vaguedad semántica es un rasgo inherente no ya sólo al lenguaje jurídico sino al propio lenguaje natural. En el caso de derechos consagrados en textos constitucionales o en tratados internacionales puede incluso llegar a ser una exigencia derivada del pluralismo político, ya que una regulación detallada del contenido y de las obligaciones que los derechos entrañan podría cerrar en exceso el espacio de discusión democrática en torno a su alcance<sup>25</sup>. En todo caso, ni la apertura relativa en la formulación de los derechos sociales equivale a inteligibilidad, ni la indeterminación supone un límite insuperable.

En realidad, nada autoriza a inferir que conceptos como «honor», «vida digna», «propiedad» o «libertad de expresión» sean por naturaleza menos oscuros o más precisos que «el más alto nivel posible de salud», «educación básica» o «trabajo digno y estable». Todos los derechos, en realidad, presentan «zonas de penumbra» y un «núcleo de certeza» del que pueden extraerse contenidos y deberes básicos para los poderes públicos. Ese «núcleo de certeza», naturalmente, viene determinado por convenciones lingüísticas y prácticas hermenéuticas que pueden evolucionar y modificarse a partir de nuevos desarrollos interpretativos<sup>26</sup>.

24. Vid., por ejemplo, el informe preparado por M. Daly para el Comité Europeo por la cohesión social, *L'accès aux droits sociaux en Europe*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002, pp. 36 ss.

25. Vid. *infra* apartado 5.2.

26. Se ha dicho, de hecho, que la propia distinción entre contenidos «claros» y «oscuros» no obedece a cualidades intrínsecas de un texto que precedan a la interpretación. Por el contrario, es el fruto de interpretaciones, entendidas en el sentido amplio de adv-

Que el grueso de la actividad legislativa, jurisdiccional e incluso doctrinal se dedique a elucidar el alcance de los derechos civiles y políticos no obedece a una suerte de insalvable oscuridad estructural de los derechos sociales, sino a una opción deliberada, muchas veces fundada en simples prejuicios ideológicos. Al igual que se han dedicado códigos, leyes y reglamentos enteros a esclarecer, entre otras cuestiones, si el derecho de propiedad comprende los tesoros hallados en un fundo ajeno, si el derecho a la vida establece algún tipo de tutela sobre los embriones o excluye la posibilidad de eutanasia, si la habitación de un hotel se encuentra protegida por el derecho a la inviolabilidad del domicilio o si la libertad de expresión incluye la publicidad comercial o el derecho a gritar «¡buego!» dentro de un cine o un teatro, nada impide que se desarrollen criterios o indicadores que delimiten el significado del derecho al agua, a la alimentación o a al más alto nivel posible de salud<sup>27</sup>.

Desde hace más de una década, de hecho, el Comité de DESC de Naciones Unidas ha venido emitiendo diversas Observaciones Generales en las que ha intentado desarrollar estos criterios a propósito de los derechos formulados en el PIDESC. Refiriéndose, por ejemplo, al carácter «adecuado» del derecho a la vivienda el Comité sostuvo que éste no podía identificarse con «un techo y cuatro paredes» y que incluía, como componentes del derecho, la seguridad jurídica en la tenencia, la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras, la habitabilidad, la asequibilidad económica, la accesibilidad física, la adecuación cultural o la idoneidad del lugar donde la vivienda se situara<sup>28</sup>. Igualmente, en el caso del derecho a una alimentación adecuada, el Comité sostuvo que comprende la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades nutritivas de los individuos, sin sustancias nocivas, aceptables para una cultura determinada y sostenibles en el tiempo, de manera que no pongan en peligro el ejercicio de otros derechos<sup>29</sup>.

27. Una enumeración de significados a un texto. La claridad, por tanto, lejos de excluir toda controversia, puede ser ella misma objeto de controversia. Sobre estas cuestiones, *vid.*, entre otros, H. L. A. Hart, *El concepto del derecho*, trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963; J. J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; R. Guastini, «M. Tropper e l'interpretazione della Costituzione», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1987, pp. 230 ss.

28. Un argumento de este tipo en R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 490.

29. *Id.* Observación General n.º 4 sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada. Para una perspectiva más amplia de esta cuestión, *vid.* G. Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción*, Observatori DESC, Icaria, Barcelona, 2003, pp. 66 ss.

30. *Id.* Observación General n.º 8 sobre el derecho a la alimentación adecuada. Así-

Muchas veces, esta tarea de concreción del alcance de los derechos del PIDESC realizada por el Comité de DESC ha servido para poner de manifiesto la continuidad axiológica y estructural entre ellos. Así, por ejemplo, en la Observación General n.º 13 referida al derecho a la educación, el Comité ha señalado cómo la ausencia de vivienda o la inseguridad en la tenencia puede afectar al derecho de los niños a una educación sostenida y de calidad. E incluso en la Observación General n.º 15, al definir la accesibilidad, la calidad y la disponibilidad como componentes básicos del derecho al agua, se incluye la responsabilidad de los poderes públicos de «no denegar a ningún hogar el derecho al agua en razón de la clasificación de su vivienda o de la tierra en la que ésta se encuentre», de manera que «las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas, incluso los asentamientos humanos espontáneos y las personas sin hogar, tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación»<sup>30</sup>.

Junto a este tipo de desarrollos, frecuentes no sólo en ámbitos como Naciones Unidas sino también en la Unión Europea y en otras organizaciones internacionales, se ha insistido en la necesidad de crear indicadores que pudieran servir como parámetro para distinguir, por ejemplo, si el incumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos sociales ha de atribuirse a la falta de capacidad o, en cambio, a la falta de voluntad política. O para establecer si en un ordenamiento jurídico concreto se han producido, entre un determinado período de tiempo y otro, situaciones de regresión, de estancamiento o de progreso insuficiente en materia de políticas sociales.

Después de todo, las estadísticas y datos inexactos, incorrectos o directamente falseados suelen ser un elemento determinante en muchas de las vulneraciones de los derechos sociales. Que existan o no «recursos suficientes» para financiar políticas sociales; que una política determinada contemple respuestas «razonables» para los casos más urgentes; que en un caso de expropiación el uso «anti-social» de la propiedad sea más o menos infundado o que la compensación a los afectados resulte «adecuada», son cuestiones supeditadas a prueba y a la aportación de datos, en las que a los argumentos oficiales siempre es posible oponer argumentos alternativos de las partes afectadas y de sus representantes, así como de economistas, arquitectos, sociólogos o técnicos en general vinculados a ellas.

mismo, J. Ziegler, *Le droit à l'alimentation*, Mille et Une Nuits, Saint-Amand Montrond, 2003, pp. 49 ss.

30. Para un análisis más detenido del contenido y las implicaciones ligadas a este derecho social «emergente», *vid.* A. García Morales, *El derecho humano al agua*, Trotta, Madrid (en prensa).

Muchos de esos criterios son *soft law*, es decir, pautas interpretativas con estructura jurídica pero de carácter no obligatorio. Sin embargo, su invocación por parte de los titulares de los derechos y su toma en consideración por parte de los operadores autorizados podrían contribuir a concretar y alinear tanto el contenido de los derechos sociales como las obligaciones que su reconocimiento entraña para los poderes públicos y para los particulares.

Distintos tribunales, de hecho, han desarrollado, bien a partir del Derecho internacional de los derechos humanos, bien a partir de los estándares consagrados en las propias constituciones estatales, estándares mínimos o esenciales en materia de derechos sociales y obligaciones tanto para los poderes públicos como para actores privados<sup>31</sup>.

La Corte suprema argentina, por ejemplo, incluyó el acceso a medicamentos y a tratamientos sanitarios como elementos esenciales del derecho a la salud, tal como se deduce del artículo 12 del PIDES<sup>32</sup>. El tribunal federal suizo determinó que existía un derecho implícito a las necesidades básicas, que podía ser invocado tanto por los ciudadanos suizos como por los extranjeros<sup>33</sup>. El propio Tribunal constitucional alemán entendió que, a pesar de que la Ley Fundamental de Bonn no consagra derechos sociales de manera explícita<sup>34</sup>, era posible derivar de ella el derecho a un mínimo existencial o vital, e incluso a un mínimo vital ecológico, vinculado con el principio de dignidad de la persona (art. 1), con el principio de igualdad material (art. 2.2) o con el principio del Estado social (art. 20)<sup>35</sup>. La Corte constitucional colombiana, por su parte, dedujo del texto constitucional un derecho a un «mínimo vital» integrado por aquellos bienes y servicios necesarios para llevar una vida digna, sobre todo en situaciones de urgencia<sup>36</sup>. A partir de esta constatación, la corte extendió el alcance de ese mínimo a la definición

31. Vid. M. Langford, «Judging Resource Availability», cit., pp. 99 ss.

32. Por ejemplo, en el caso *Campodónico de Berríoquía, A. C., c. Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas*, de octubre de 2000.

33. Así, en el caso *V. v. Eimvohermgenme X und Regensmurgel des Kantons Bern*, de octubre de 2005.

34. La excepción sería el artículo 6.4, que recoge el derecho de las madres «a disfrutar de protección y asistencia por parte de la comunidad» y el deber de procurar a los hijos habidos fuera del matrimonio «iguales condiciones de desarrollo físico y psíquico que a los nacidos dentro del matrimonio» y de asegurarles «una igual posición social».

35. Vid., al respecto, las consideraciones de R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 414 y 494.

36. Esta vinculación entre el concepto de mínimo vital y las situaciones de urgencia constitucional fue analizada por la Corte, por ejemplo, en su Sentencia T-1150, de 2000, sobre desplazamiento forzoso. Vid., al respecto, J. Torres Avila, *El mínimo vital en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Cinep-Diakonia, Bogotá, 2002, pp. 163 ss.

de derechos como la salud, la vivienda o la seguridad social<sup>37</sup>. Incluso la Cámara de los Lores, en el Reino Unido, entendió que la negativa del gobierno a otorgar alojamiento nocturno y comida a solicitantes de asilo podía constituir una vulneración del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por afectar a aspectos básicos de la dignidad humana<sup>38</sup>.

En definitiva, ni la determinación del contenido de los derechos sociales, ni la estipulación de las conductas que su satisfacción exige, ni la identificación de los sujetos obligados, son cuestiones que queden fuera del alcance de lo que un órgano jurisdiccional puede llegar a hacer.

En la mayoría de supuestos, de hecho, los derechos sociales obligan a las autoridades estatales, desde el legislador y la administración hasta los propios tribunales. Pero también los particulares o los agentes privados, tales como empleadores, arrendadores de vivienda, prestadores de servicios médicos y educativos, administradores de fondos de pensiones y jubilaciones, o empresas con actividades potencialmente contaminantes pueden resultar obligados. Esta vinculación de los particulares en relación con los derechos fundamentales puede ser el producto de un reconocimiento expreso del legislador constituyente<sup>39</sup> o puede derivarse de diferentes principios jurídicos: desde la prohibición de discriminación y las cláusulas de buena fe, pasando por el principio de tutela de la parte contractual más débil (*avor debilis*), la función social de la propiedad o la interdicción del abuso en el ejercicio de los derechos<sup>40</sup>.

Ciertamente, las obligaciones en materia de derechos sociales no pueden proyectarse del mismo modo, como se ha señalado ya, sobre todos los particulares. No todos los sujetos privados encargados del suministro de bienes y servicios que constituyen el objeto de derechos sociales se encuentran en una misma situación de poder y supremacía frente a terceros. De ahí que el grado de vinculación al respeto y a la

37. Así, aunque de manera vacilante, en las sentencias T-462 de 1992; T-011 de 1993; S0-111 de 1997 o T-011 de 1998.

38. Así, en el caso *R.v. Secretary of State for the Home Department ex parte Adam*, UKHL 66, de 2005.

39. El artículo 18.1 de la Constitución de Portugal, por ejemplo, establece que «Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas».

40. En su Sentencia T-251 de 1993, la Corte constitucional colombiana recordó que la protección contra particulares tiene lógica cuando éstos, valiéndose de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneran los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad. La idea que inspira la tutela —sostiene la corte— no es otra que el control del abuso de poder. Dicho abuso se predica también de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria sobre otras personas en situación de subordinación e indefensión (F 9 y 14).

satisfacción de los derechos deba plantearse de manera proporcional a su tamaño, influencias y recursos<sup>41</sup>.

#### 4.3. La tesis de los derechos sociales como derechos específicos de dimensión colectiva

Una tercera diferencia que suele plantearse entre derechos sociales y derechos civiles y políticos apunta a la supuesta dimensión específica y colectiva de los primeros y abstracta e individual de los segundos. La proyección individual o colectiva de un derecho, en realidad, tiene que ver con diferentes factores: los valores que el derecho persigue, los bienes jurídicos que tutela, quiénes pueden ser sus titulares o quiénes pueden estar legitimados para ejercerlos.

Si se parte de estas premisas, la oposición entre derechos «sociales», por un lado, y derechos civiles y políticos «individuales», por otro, resulta infundada, por diversas razones. En el plano axiológico, porque si con ello, como se ha dicho ya, se quiere aludir a una oposición entre libertad e igualdad, los derechos sociales deberían considerarse no un obstáculo, sino una condición necesaria para la generalización de las libertades personales y de los procedimientos democráticos. Si de lo que se trata, más bien, es de resaltar la finalidad igualadora o compensatoria de los derechos sociales, habría que decir que en el constitucionalismo social esta finalidad puede atribuirse a todos los derechos, incluidos los civiles y políticos. Desde este punto de vista, tanto el derecho a la salud o a la vivienda, como la libertad de información o de expresión, podrían calificarse, cuando compensan desigualdades o tutelan intereses de sujetos débiles o en posición de subordinación, como derechos sociales o, si se prefiere, como derechos *sociaizados*, no por oposición a individuales o personales, sino a selectivos o excluyentes<sup>42</sup>.

En el plano teórico, estructural, habría que decir, por su parte, que tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos sociales, protegen bienes jurídicos cuya incidencia es, a la vez, individualizable y

41. Éste es el criterio de vinculación de los particulares, por ejemplo, que consagra la Ley sudafricana para la promoción de la igualdad y para la prevención de la discriminación injusta (*Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*) del año 2000 (art. 27.2).

42. Vid. C. de Cabo, «El sujeto y sus derechos: Teoría y Realidad Constitucional (Madrid) 7 (2001); J. R. de Lima Lopes, «Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direitos», en J. E. Faria (org.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, Malheiro Editores, São Paulo, 1994, pp. 124 ss.; G. Escobar, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, cit., pp. 56 ss.

colectiva. La salud, la educación, el entorno habitacional o ambiental, por ejemplo, son bienes cuya afectación puede producir tanto daños individuales como colectivos y cuya reparación, por consiguiente, puede exigir intervenciones puntuales, dirigidas a dar respuesta a la vulneración del derecho de una persona, como intervenciones más complejas dirigidas a resolver la situación de grupos de afectados más amplios.

Algo similar ocurre, sin embargo, con la libertad de expresión, con la libertad ideológica, o con el derecho de asociación. Contra lo que sugiere cierta mitología liberal, ninguno de estos derechos puede concebirse en términos exclusivamente individuales, como si se ejercieran fuera de la sociedad o con independencia de la existencia de otros sujetos. Todos ellos, como casi todos los derechos, encierran en realidad libertades de expresarse y de asociarse eventualmente *contra* otros pero también *con* otros. Así, cuando se vulneran, lo que está en juego no es sólo la libertad de expresión, ideológica o de asociación de una persona concreta sino también la calidad y el carácter plural e informado de la esfera pública en su conjunto<sup>43</sup>.

Por lo que respecta a la titularidad o a las condiciones de ejercicio, se impone una reflexión semejante. La titularidad colectiva de los derechos, ciertamente, es una cuestión discutida, aunque tanto en el Derecho internacional como en el Derecho constitucional comparado existen elementos suficientes para sostener que ciertos sujetos, como los pueblos indígenas o las minorías nacionales, pueden reputarse titulares de derechos colectivos al autogobierno y a la propia identidad, indispensables para el ejercicio, en un ámbito determinado, de otros derechos civiles, políticos y sociales individuales<sup>44</sup>. Asimismo, incluso entre quienes impugnan la categoría de derechos colectivos, existe acuerdo de que muchos derechos admiten formas de ejercicio colectivas, y que nada impide la articulación de procedimientos que permitan expresar intereses de grupo, públicos o, si se prefiere, tendencialmente generalizables.

La mayoría de los derechos civiles, políticos y sociales, en efecto, puede ejercerse de manera colectiva a través de sindicatos, asociaciones de usuarios, consumidores u otros tipos de grupos afectados. Y sin embargo, eso no quiere decir que las reivindicaciones que involucran no puedan plantearse, al mismo tiempo, como exigencias de tipo in-

43. Un argumento de este tipo en O. Fiss, *La fronteira da liberdade de expressão*, trad. de V. Ferrer y J. Mallem, Gedisa, Barcelona, 1990.

44. Al igual que ocurre con los derechos que los estados ejercen en sus relaciones internacionales, el reconocimiento de derechos colectivos no impediría la mediación, en su ejercicio, de representantes elegidos por los propios miembros de la comunidad en cuestión.

dividual. Un plan de despidos por reorganización empresarial, un plan urbanístico realizado sin información ni participación suficientes o una práctica hospitalaria negligente podrían ser objetados, respectivamente, por sindicatos, asociaciones de vecinos o asociaciones de pacientes. No obstante, nada impediría que estas demandas puedan articularse como reclamos personales a no ser despedido sin justa causa, a no ser desalojado de manera arbitraria o a recibir atención sanitaria adecuada.

Y lo mismo ocurre con los derechos civiles y políticos. Del mismo modo que los derechos sociales pueden concebirse como derechos personales, individuales, también los civiles y políticos pueden abordarse como derechos colectivos o, si se prefiere, como derechos de ejercicio colectivo. Por lo tanto, si bien pueden reclamarse de manera individual, nada impide que sean exigidos de manera colectiva por asociaciones de periodistas, de trabajadores, de usuarios de servicios, etcétera<sup>45</sup>.

Este punto de vista obliga a poner en entredicho la tesis que sólo considera a los derechos sociales como derechos específicos, de grupos, mientras reserva para los civiles y políticos la condición de derechos abstractos y universales. En efecto, como se ha señalado ya, la crítica al individualismo formalista propio de las lecturas burguesas de los derechos se tradujo no sólo en la «aparición» de derechos específicos en el ámbito del trabajo, de la vivienda, de la educación o de la salud, sino también en la «socialización», y con ello en la especificación de los propios derechos civiles y políticos.

De esta manera, el derecho a la intimidad, a la libertad de expresión o a la libertad ideológica dejaron de ser simplemente derechos reconocidos «a todos» de manera abstracta, para penetrar en ámbitos concretos como la fábrica, la escuela o la familia, y convertirse, también, en derechos de los trabajadores, de las mujeres, de las personas mayores, etc. Esto no supone que los derechos civiles y políticos no puedan reconocerse como derechos tendencialmente universales y personales. Simplemente quiere decir que esa configuración no impide que puedan, al mismo tiempo, articularse como derechos pertenecientes a ámbitos y sujetos específicos. Así ocurre, por ejemplo, en el mundo de las relaciones laborales, donde la libertad de expresión o la libertad ideológica admiten específicas modalidades de ejercicio como derechos de los trabajadores, o en el mundo de las prestaciones sanitarias, donde la libertad de información o el derecho a la intimidad de los pacientes vienen determinados por su concreta posición de vulnerabilidad en relación con los profesionales médicos.

45. Sobre esta dimensión colectiva de todos los derechos fundamentales, *vid.*, entre otros, J. R. de Lima Lopes, «Derecho subjetivo e direitos sociais...», *cit.*, pp. 129 ss.

Del mismo modo, si bien una de las funciones esenciales de los derechos sociales es tutelar a grupos vulnerables por razones específicas de clase, de género, étnicas, etc., ello no quiere decir que los bienes y necesidades que protegen no sean de interés potencial de todos los ciudadanos o, mejor, de todas las personas. En realidad, los derechos sociales clásicos se construyeron en buena medida como derechos específicos que giraban en torno a la figura del trabajador empleado de manera indefinida en ciertos sectores del mercado de trabajo. Las mujeres, los niños, las personas mayores o las personas con discapacidades físicas o mentales, por su parte, sólo gozaban de ellos en función de su parentesco (esposa, hijo, etc.) con un trabajador «ganapan» o de su vínculo con el sistema productivo (trabajador retirado, trabajador enfermo, etc.). Si esta identificación entre derechos sociales y derechos laborales resultaba ya excluyente en las sociedades industriales clásicas, la actual transformación de las formas de producción la ha convertido en un factor agravado de exclusión. De ahí que una garantía plena de los derechos sociales exija no sólo su especificación, sino también su progresiva generalización más allá de la esfera del trabajo, como de hecho ocurrió en muchos países con el reconocimiento universal del derecho a la atención sanitaria o a la educación básicas y como hoy se plantea, desde diferentes puntos de vista, en relación al agua, a la alimentación e incluso a una renta básica o ingreso incondicional<sup>46</sup>.

En definitiva, contra la oposición radical entre derechos sociales de grupo y derechos civiles y políticos individuales, está fundamentado pensar ambas categorías tanto en su vertiente personal como en su vertiente colectiva; como derechos potencialmente universales y como derechos específicos vinculados a grupos concretos.

#### 4.4. Elementos para una concepción indivisible e interdependiente de los derechos fundamentales

Contemplados bajo sus múltiples facetas, en suma, todos los derechos fundamentales se presentan como derechos complejos, en parte positivos, en parte negativos; en parte costosos, en parte no costosos; en parte individuales, en parte colectivos; en parte universales y en parte específicos.

46. Sobre los fundamentos de este punto de vista, *vid.* M. Bascerria y G. Bronzini, «La renta universal en la crisis de la sociedad del trabajo» y J. A. Nogueira, «Ciudadanos o trabajadores: La Renta Básica frente a las políticas de activación laboral», en G. Pisarello y A. de Cabo (eds.), *El derecho a la renta básica como nuevo derecho ciudadano*, *cit.*, pp. 163 ss., 199 ss.

Esta constatación, desde luego, no pretende ocultar que alguno de estos elementos pueda revestir, tratándose de un derecho en concreto, mayor peso simbólico que otro, ni negar, por ejemplo, que las obligaciones positivas que exigen desembolsos financieros son más difíciles de garantizar que aquellas que no entrañan mayores costes, bien porque inciden en la planificación presupuestaria, bien porque ponen de manifiesto el carácter conflictivo de cualquier medida que comporte transferencias de recursos. Simplemente, trata de resaltar que ninguno de estos problemas atañe de manera exclusiva a los derechos sociales, sino que afecta, en su caso, a la dimensión prestacional, onerosa y redistributiva de todos los derechos fundamentales, incluidos los civiles y políticos<sup>47</sup>.

Nadie, en efecto, sostiene hoy que la libertad de expresión comporte el acceso gratuito e incondicional a espacios de radio y televisión de cualquier persona en cualquier situación; y sin embargo ello no impide que el derecho a la libertad de expresión se considere un derecho fundamental, plenamente exigible tanto frente a los poderes públicos como frente a los particulares.

De manera similar, sólo una versión caricaturizada del carácter exigible de los derechos sociales podría equipararlo al deber automático e incondicional de los poderes públicos de proporcionar una casa, una plaza escolar o medicamentos gratuitos a todas las personas en cualquier circunstancia. No obstante, si lo que está en juego es un derecho y no una simple concesión revocable, los poderes de turno deben observar una serie de obligaciones que no pueden posponerse de manera indefinida: desde el deber de no impulsar políticas sociales deliberadamente regresivas o discriminatorias, hasta el de adoptar medidas de protección frente a abusos provenientes de particulares o de poderes privados, sin excluir, por cierto, el deber de garantizar, en situaciones de urgencia o de imperiosa necesidad, el contenido mínimo del derecho, bien de manera permanente, bien de manera temporal<sup>48</sup>.

Contemplada desde esta óptica, la adscripción de una determinada expectativa —la de vivir de manera digna y segura, la de conservar la salud, la de decidir de manera autónoma los propios planes de vida, etc.— al catálogo de los derechos civiles y políticos o al catálogo de los derechos sociales no pasa de tener un simple valor ordenatorio y clasificatorio. Una conceptualización rigurosa, por el contrario, obligaría a

admitir un *continuum* entre unos y otros, sin que ni las obligaciones que entrañan, ni el carácter más o menos indeterminado de su formulación, ni su supuesta dimensión individual o colectiva, puedan convertirse en elementos para una diferenciación tajante. Así las cosas, lo relevante sería, una vez más, la contraposición existente no entre derechos sociales y derechos individuales, sino más bien entre derechos socializados y derechos privatizados, o sea, entre derechos generalizables y privilegios excluyentes.

47. *Véase*, sobre esta cuestión, las interesantes reflexiones de M. Craven, «Assessment of the Progress on Adjudication of Economic, Social and Cultural Rights», en J. Squires, M. Langford y B. Thiele (eds.), *The Road to a Remedy*..., cit., pp. 27 ss.

48. Cf. R. Arango, «Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial», cit., p. 118.

LA CRÍTICA DE LA PERCEPCIÓN DOGMÁTICA:  
LA TESIS DE LOS DERECHOS SOCIALES  
COMO DERECHOS DE TUTELA DEBILITADA EN RELACIÓN  
CON LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

A pesar de la existencia, como se ha visto, de numerosos argumentos que la desmienten, la tesis de los derechos sociales como derechos estructuralmente diferentes a los derechos civiles y políticos tiene un indudable impacto en la caracterización de los primeros como derechos de tutela debilitada desde un punto de vista dogmático.

La formulación más común de esta concepción en diferentes ordenamientos jurídicos es la de los derechos sociales como derechos no fundamentales. Habitualmente, cuando se afirma que los derechos sociales no son auténticos derechos fundamentales, lo que se pretende decir es que no cuentan con garantías o mecanismos de protección similares a los que se asignan a los derechos civiles y políticos. De manera más específica, esa afirmación suele tener un doble significado. Por un lado, que los derechos sociales, a diferencia de los derechos «en serio», son derechos de libre configuración legislativa, esto es, que su realización depende de lo que el legislador de turno decida hacer o no hacer con ellos, sin que puedan imponérsele mayores límites o vínculos al respecto. En segundo lugar, que no son derechos justiciables, es decir, que no pueden ser invocados ante un tribunal más o menos independiente con el objeto de que éste establezca medidas de reparación ante su violación por parte de los órganos políticos o de otros particulares.

Esta manera de razonar respecto al carácter fundamental o no de un derecho resulta, cuando menos, discutible y no se compadece con lo establecido en una parte importante de los ordenamientos jurídicos modernos. También aquí, en realidad, puede defenderse la idea de que los derechos sociales, en la medida en que son reconocidos en constituciones y tratados internacionales, son tan fundamentales como los dere-



chos civiles y políticos y gozan, en consecuencia, de mecanismos potencialmente equivalentes de tutela, incluidos los de tipo jurisdiccional.

### 5.1. *La tesis de los derechos sociales como derechos no fundamentales*

La caracterización de los derechos sociales como derechos no fundamentales obliga a introducir algunas precisiones acerca del sentido que esta expresión puede tener desde un punto de vista axiológico o valorativo y desde un punto de vista dogmático o positivo<sup>1</sup>.

En un plano axiológico, como se ha apuntado ya, lo que indica el carácter fundamental de un derecho es, ante todo, su pretensión de tutela de intereses o necesidades vitales ligados al principio de igualdad. Es el carácter generalizable a todas las personas de los intereses y necesidades en juego, precisamente, lo que convierte un derecho fundamental en un derecho inalienable e indisponible para el poder y lo que lo opone a los privilegios, por naturaleza selectivos, excluyentes y, por tanto, removibles. *Derechos fundamentales y derechos humanos o derechos de las personas* podrían revestir, desde esta perspectiva axiológica o valorativa, un significado similar.

Desde un punto de vista dogmático, esto es, desde el punto de vista interno de los ordenamientos jurídicos concretos, el análisis resulta más complejo. En líneas generales, podría decirse que los derechos fundamentales son aquellos intereses o necesidades a los que mayor relevancia se asigna dentro de un ordenamiento jurídico determinado. Un indicio de esta relevancia es su inclusión en las normas de mayor valor dentro del ordenamiento, como las constituciones o, de algún modo, los tratados internacionales sobre derechos humanos<sup>2</sup>.

A veces, ciertamente, derechos que podrían considerarse fundamentales desde un punto de vista axiológico por su vínculo con la igualdad, aparecen también consagrados como fundamentales desde una perspectiva dogmática. Sin embargo, esa conexión entre perspectiva axiológica externa y perspectiva dogmática interna no es total ni, mucho menos, necesaria. Así, aunque los ordenamientos jurídicos contemporáneos puedan incorporar como fundamentales intereses y necesidades ligados a la protección de la igual dignidad o de la igual libertad de las personas, también pueden incorporar intereses y necesidades discriminatorios y

1. *Vid.*, por ejemplo, el debate generado en torno a la propuesta de L. Ferrajoli en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 57 ss.

2. *Vid.* al respecto A. Peña Prieto, *La garantía en el Estado constitucional*, Tróica, Madrid, 1997, pp. 112 ss.

excluyentes, siempre criticables e impugnables desde un punto de vista axiológico, externo<sup>3</sup>.

En todo caso, y contra lo que suele desprenderse de la tesis de los derechos sociales como derechos de tutela genéricamente debilitada, no son las garantías concretas que se asignan a un derecho lo que determina su carácter fundamental sino a la inversa: es su consagración positiva en aquellas normas consideradas fundamentales lo que obliga a los operadores jurídicos a maximizar, bien por vía interpretativa, bien por medio de reformas, los mecanismos que permitan su protección. Así, si desde una perspectiva axiológica puede predicarse una cierta equivalencia entre las expresiones *derechos fundamentales* y *derechos de las personas*, desde el punto de vista dogmático puede establecerse un paralelismo similar entre *derechos fundamentales* y *derechos constitucionales*<sup>4</sup>.

De este modo, la ausencia de garantías legislativas o jurisdiccionales de un derecho constitucional no tendría por qué equipararse a ausencia de fundamentalidad, ni mucho menos a inutilidad de la norma que recoge el derecho. Por el contrario, entraña el incumplimiento, o el cumplimiento defectuoso, por parte de los operadores jurídicos, del mandato implícito de actuación contenido en dicha norma. Más que como un no-derecho, en consecuencia, un derecho sin garantías debería verse como un derecho inactuado. Así percibido, no es el derecho el que queda degradado, sino el poder el que incurre en una actuación desviada o en una omisión que lo deslegitima<sup>5</sup>.

En los ordenamientos actuales, el solo reconocimiento de un derecho como fundamental comporta la atribución al mismo de un contenido mínimo y, con ello, la imposición de ciertos deberes elementales para los poderes públicos, comenzando por la prohibición de discriminación, por el deber de no regresividad y por el correlativo deber de cumplimiento progresivo<sup>6</sup>.

Ello no obsta a que el alcance concreto de dicho reconocimiento

3. Piénsese, por ejemplo, en la Constitución de los Estados Unidos, que consagra como «fundamental» el derecho a portar armas, o en el Tratado constitucional europeo de 2004, que otorga una clara prioridad a las libertades de mercado sobre los derechos sociales.

4. Para los autores que construyen la fundamentalidad a partir de la existencia o no de garantía jurisdiccional plena, el razonamiento es el inverso. Instalado en esta lógica, por ejemplo, J. Jiménez Campo niega a los derechos sociales no sólo el carácter de fundamentales sino incluso el de derechos constitucionales (*Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Tróica, Madrid, 1999, p. 122).

5. Esta idea de la separación entre derechos y garantías es propuesta, en términos similares, por L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 45 ss.

6. *Vid. supra* apartado 4.1.

dependa de lo que los propios ordenamientos jurídicos estipulen. Hay constituciones que desarrollan de manera más o menos minuciosa el contenido de los derechos sociales<sup>7</sup>; otras, en cambio, sólo ofrecen regulaciones parcas o los relegan al ámbito de los derechos «implícitos»<sup>8</sup>. Hay textos que estipulan con cierto detalle las obligaciones que la consagración de un derecho comporta para los poderes públicos e incluso particulares, mientras que otras apenas hacen mención a estos deberes<sup>9</sup>.

Lo cierto, sin embargo, es que en la medida en que ninguna de estas particularidades responde a inalterables características estructurales sino a decisiones de política legislativa, siempre sería posible insertarlas en una dogmática tendencialmente unitaria para todos los derechos que refleje, asimismo, su continuidad axiológica y estructural.

En realidad, si la consagración constitucional explícita de un derecho social es un indicio relevante del carácter fundamental de los bienes o intereses que éste protege no es, con todo, un requisito imprescindible. Y es que, en razón del propio principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos, cualquier constitución que incluya el principio de igualdad en materia de derechos civiles y políticos básicos estaría estipulando, en el fondo, un mandato de generalización que obligaría a incluir, al menos de manera indirecta, los derechos sociales a ellos vinculados.

De hecho, ha ocurrido de este modo en diferentes ordenamientos

7. Constituciones, por ejemplo, como la de Italia de 1947, la de Portugal de 1976, o la de Brasil de 1988, contemplan con cierta amplitud derechos sociales laborales y no exclusivamente laborales, como el derecho a la salud, a la vivienda o a la educación. Otras más recientes, como la de Sudáfrica de 1996, incorporan, además de los derechos sociales «tradicionales», derechos sociales «emergentes» como el derecho a la alimentación o al agua.

8. La categoría de derechos «implícitos» se encuentra recogida en la novena enmienda de la Constitución de Estados Unidos. También puede encontrarse en otros textos constitucionales como los de Argentina (art. 33), Ecuador (art. 19), Brasil (art. 4), Venezuela (art. 22) Colombia (art. 94) o en documentos regionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 29.c). La existencia o no de derechos sociales implícitos en la Constitución norteamericana ha sido un punto relevante de división entre los sectores más progresistas y los más conservadores de la doctrina. Entre las lecturas favorables a dicho reconocimiento, pueden verse, por ejemplo, los trabajos de F. Michelman, «In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice», *Pennsylvania Law Review* (Pennsylvania) 121 (1973), pp. 962 ss.; «On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment», *Harvard Law Review* (Chicago) 83 (1969), pp. 7 ss. Entre las conservadoras, R. Bork, «The impossibility of finding welfare rights in the Constitution», *Washington University Law Quarterly* (Washington) 695 (1979).

9. La Constitución de Costa Rica, por ejemplo, establece en su artículo 78 que el gasto público en educación estatal, incluida la superior, no será inferior al 6% anual del PIB. La Constitución de Ecuador, por su parte, estipula en su artículo 71 que «leñ el presupuesto general del Estado se asignará no menos del treinta por ciento de los ingresos corrientes totales del gobierno central para la educación y la erradicación del analfabetismo».

que o bien no reconocen derechos sociales de manera explícita, o bien no les otorgan de manera abierta estatuto de derechos fundamentales. Así, el derecho a la salud, a la alimentación o a un mínimo vital para sobrevivir, han sido deducidos del derecho a la integridad física y moral o del derecho a la vida<sup>10</sup>, del mismo modo que el derecho a una vivienda adecuada se ha protegido, de manera indirecta, a través del derecho a la inviolabilidad de domicilio, al derecho a la intimidad o al derecho a la vida privada y familiar<sup>11</sup>.

### 5.2. La tesis de los derechos sociales como derechos de configuración legislativa

A diferencia de la categoría de derechos fundamentales, la de derechos de configuración legal es, ante todo, una construcción doctrinal<sup>12</sup>. Cuando se afirma que los derechos sociales —o los derechos políticos— son derechos de configuración legal parece sugerirse dos cosas. Por una parte, que con independencia de su reconocimiento constitucional, sólo pueden resultar exigibles en la medida en que sean desarrollados por el legislador. Por otro, que el legislador, en su carácter de representante de la voluntad expresada en las urnas, goza de un margen casi ilimitado para proceder o no a ese desarrollo. Ambas ideas, sin embargo, traducen prejuicios e introducen incluso dobles raseros susceptibles de crítica.

Para comenzar, es evidente que todos los derechos, no sólo los sociales o los de participación, son derechos de configuración legal, en el sentido de que su plena eficacia resultaría impensable sin una activa intervención legislativa. Es más, tanto por la legitimidad de los órganos

10. En el caso *Paschim Banga Khet Majoor Samity v. State of West Bengal*, de 1994, por ejemplo, el Tribunal supremo de la India consideró que el derecho constitucional a la vida (art. 21) incluía el derecho a la asistencia médica necesaria para preservarla. Como consecuencia de ello, ordenó al gobierno de Bengala occidental que indemnizara a un trabajador rural que había caído de un tren en movimiento y no había recibido atención hospitalaria supuestamente por falta de camas.

11. En el caso *López Ostra v. España*, de 1994, el Tribunal europeo de derechos humanos consideró que la ausencia de control municipal sobre una industria contaminante que afectaba la salud y seguridad de quienes vivían en los alrededores constituía una vulneración del derecho a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia, recogidos en el artículo 8. Según como se mire, el caso López Ostra puede considerarse un supuesto de protección del derecho al medio ambiente, a la salud, a la vivienda, o de todos estos derechos al mismo tiempo.

12. En el ámbito español, puede encontrarse una versión sofisticada de esta idea, especialmente aplicada a los derechos sociales, en J. L. Requero Pagés, «Derechos de configuración legal», en M. Aragón (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional* III, Civitas, Madrid, 2001, pp. 110 ss.

de los que proviene, como por su alcance potencialmente generalizable, la ley es una fuente privilegiada de producción jurídica en los ordenamientos modernos y constituye una garantía primaria de la satisfacción de cualquier derecho<sup>13</sup>.

Así, la eficacia plena de la libertad de expresión exige leyes en materia de pluralismo informativo o de acceso equitativo a los medios de comunicación, del mismo modo que la eficacia plena del derecho a la salud exige leyes que eviten la discriminación en el acceso a los servicios básicos o que intervengan en el mercado para asegurar medicamentos a bajo coste.

Todos los derechos fundamentales exigen concreciones legislativas que pueden tener diferente alcance. Por eso es lógico, como apuntan algunas constituciones, que resulten alegables ante los tribunales «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen»<sup>14</sup>. La mayor o menor regulación legal reforzará o debilitará las posibilidades de exigibilidad judicial del derecho en cuestión, sea éste civil, político o social. Pero ello no impide que todos tengan, al menos, un contenido constitucional mínimo, indisponible, susceptible de algún tipo de tutela jurisdiccional incluso en caso de que no exista regulación legal.

El Comité de DESC de Naciones Unidas, de hecho, ha sostenido que los poderes públicos tienen la obligación de asegurar en todo momento, incluso en épocas de crisis o de dificultades fácticas, al menos los niveles esenciales de cada uno de los derechos. Diferentes ordenamientos regionales y estatales, igualmente, consagran el deber específico de respetar el contenido esencial de los derechos recogidos en constituciones

y tratados internacionales<sup>15</sup>. Aunque ese contenido esencial se reserva a veces a ciertos derechos políticos y civiles personalísimos, existe acuerdo en que todos gozan, bien por su conexión con otros más protegidos, bien por el sólo hecho de estar en la Constitución, de un contenido mínimo o básico indisponible para los poderes constituidos<sup>16</sup>. La idea de fondo, en realidad, es que sin el respeto de ese contenido básico el derecho en cuestión quedaría desnaturalizado, desfigurado, y resultaría, al cabo, irreconocible o impracticable.

Naturalmente, los elementos que configuran el contenido mínimo o esencial de un derecho no son rígidos ni pueden plantearse en términos abstractos o simplemente teóricos: varían de derecho a derecho, están condicionados por el contexto en el que se aplican, y admiten una permanente actualización histórica. Así, lo que en un ordenamiento o en un contexto dados podría considerarse el núcleo mínimo o esencial de un derecho, en otros representaría su contenido máximo o simplemente adicional<sup>17</sup>. La frontera, en consecuencia, entre lo que desde un punto de vista material pueda considerarse *básico* o *esencial* y lo que, por el contrario, pueda reputarse *adicional* o *accidental*, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta. Pero será también una barrera insoslayable y en ningún caso inexistente que obliga a un permanente trazado de límites entre justicia y política, entre jueces y legisladores. Esa tarea de delimitación supone una división de tareas conflictiva y nunca resuelta de antemano, en la que los primeros deben preservar el contenido mínimo de los diferentes derechos y los segundos mantener-

15. Así, por ejemplo, el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn o los artículos 18 y 53, respectivamente, de las constituciones portuguesa y española. Para un análisis más detenido al respecto, ver L. Prieto, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 217-260, y J. C. Gavara de la Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

16. Según P. Häberle, el contenido esencial no sería más que «una referencia abreviada, un indicador para llamar la atención, una advertencia a efectos de una serie de principios ya vigentes como los de interdicción de desproporción, exceso o desmesura, la prohibición del absurdo [...] la prohibición de poner en peligro la función social de los derechos fundamentales» («El legislador de los derechos fundamentales», en A. López Pina [ed.], *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Universidad Complutense/Civitas, Madrid, 1991, pp. 122 y 123). Una tesis similar en I. de Otto, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en L. Martín Retortillo e I. de Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 125 ss.

17. Sobre los riesgos de una concepción «trascendental» y «abstracta» del contenido mínimo esencial, *vid.* las consideraciones de B. Porter, «The Crisis of Economic, Social and Cultural Rights and Strategies to Address It», en J. Squires, M. Langford y B. Thiele (eds.), *The Road to a Remedy...*, cit., pp. 48 ss.

13. Cf., entre otros, M. Shueim, «Economic Social Rights as Legal Rights», y S. Liebenberg, «The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems», en A. Eide et al. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, cit., pp. 54 ss. y 79 ss.

14. Ésta es la expresión, por ejemplo, del artículo 53.3 de la Constitución española, reproducida en parte en el artículo II-112.5 del tratado constitucional europeo, según el cual las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales incorporada en el Título II «que contengan principios [...] sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos». Normalmente, este tipo de disposiciones se invoca como prueba de que los derechos sociales son derechos de exigibilidad condicionada, que no serían justiciables mientras no exista una ley de desarrollo. Esta lectura restrictiva, sin embargo, no es la única posible. La mayor o menor regulación legal puede condicionar el grado de justiciabilidad. Pero, dado que todos los derechos presentan —como se ha visto— una estructura similar, todos disponen, por el solo hecho de su consagración constitucional, de un contenido mínimo tutelable ante los tribunales, incluso en caso de que el desarrollo legal no se produzca. Sobre estas cuestiones, una interesante voz discrepante en la doctrina española es la de G. Escobar Rocha, «Los derechos constitucionales dispersos como derechos subjetivos: el ejemplo del medio ambiente», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico* I, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 673-674.

los o desarrollarlos, pero nunca aniquilarlos o desvirtuarlos, por acción u omisión<sup>18</sup>.

Una concepción demasiado restrictiva del contenido mínimo o esencial podría conducir a la desnaturalización de los derechos en juego, consintiendo la delimitación de niveles tan elementales que su ejercicio acabe desvirtuado y la dignidad de sus destinatarios menoscabada. Una concepción demasiado exigente, sin embargo, tampoco estaría exenta de riesgos, ya que podría constreñir en exceso las posibilidades de desarrollos legislativos plurales y alternativos<sup>19</sup>.

El principio, en todo caso, es que el solo reconocimiento constitucional determina, en cualquier circunstancia, un núcleo indisponible para los diferentes poderes constituidos, desde el legislador y la administración hasta los propios tribunales. Como consecuencia de ello, ninguno de estos órganos puede desconocerlo ni dejar de asegurarlo a todas las personas, comenzando por aquellas que se encuentran en situaciones de mayor necesidad.

Este deber no sólo rige en tiempos «normales», sino sobre todo en períodos de crisis económicas causadas por procesos de ajuste, de recesión o por otros factores. Es aquí, en efecto, cuando los poderes públicos deben dedicar todos sus esfuerzos y hasta el máximo de recursos disponibles para identificar y proteger de modo prioritario a los miembros más vulnerables de la sociedad. No sólo existiría, en suma, un contenido mínimo o esencial atribuible a cada derecho civil, político o social, de manera aislada, sino también un mínimo de población, la integrada por los colectivos en mayor situación de vulnerabilidad, que, sobre todo en épocas de crisis, debería gozar de la protección prioritaria de los poderes públicos<sup>20</sup>.

En realidad, la idea de que la libre configuración legislativa de los derechos puede ser fuente de arbitrariedad y el rechazo, por consiguiente,

18. Una cierta división de tareas entre jueces y legisladores permitiría evitar los excesos de la llamada «jurisprudencia de valores», que atribuye al juez constitucional la facultad de proteger la totalidad del derecho con el riesgo de sobreinterpretar el contenido semántico del mismo en función exclusiva de sus propias concepciones valorativas y en detrimento de la interpretación que realice el legislador. Para una teoría procedimental más modesta, en cambio, los tribunales deberían reconocer la primacía del proceso legislativo en la delimitación de los derechos, reservándose para sí el control de aquellos elementos básicos indispensables para el ejercicio de la autonomía y para la salud del propio procedimiento democrático.

19. Sobre esta cuestión, *ibid.*, entre otras, las consideraciones de V. Ferreres Comella en *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 79 ss.

20. M. Langford, «Judging Resource Availability», en *The Road to a Remedy*, cit., pp. 89 ss.

te, de su carácter absoluto e ilimitado, fueron claramente entrevistos por el pensamiento liberal conservador en momentos en que los regímenes parlamentarios exhibían sus mayores credenciales democráticas y eran caja de resonancia de reclamos sociales y sindicales de diversa índole. En ese contexto, no por casualidad, se difundió la idea de que ciertos derechos civiles, y sobre todo los derechos patrimoniales, integraban una suerte de coro vedado o de esfera blindada sobre la que ninguna libertad de configuración legislativa podía incidir.

Tras la crisis de los estados sociales tradicionales y el auge de las corrientes neoliberales, la tesis de los derechos sociales como derechos de configuración legal viene simplemente a complementar las anteriores. Así, mientras ciertos derechos civiles, comenzando por los derechos patrimoniales, conservan un indiscutible contenido constitucional sobre el que las mayorías legislativas coyunturales no podrían incidir, los derechos sociales quedarían relegados a la condición de derechos de configuración legal, con lo cual, en definitiva, se autoriza al legislador tanto a no desarrolloslos como a imponerles restricciones deliberadas y eventualmente arbitrarias.

Una precomprensión de este tipo no se compadece con una reconstrucción garantista e igualitaria de los derechos fundamentales basada en principios como los del Estado social y en la equivalencia potencial de los mecanismos de tutela para todos ellos. O todos los derechos, civiles, políticos y sociales, en efecto, son por su estructura, o por razones de conveniencia política, derechos de libre configuración legislativa, de manera que los órganos legislativos coyunturales pueden incidir sobre ellos sin restricción alguna, o ninguno lo es, y por tanto siempre caben límites positivos y negativos a lo que los poderes públicos, incluidas las mayorías legislativas, pueden hacer o dejar de hacer con ellos. Esta última, sin duda, es la posición más coherente en aquellos ordenamientos que asumen el ideal normativo de la democracia constitucional, o, si se prefiere, de una democracia que no deja librada a la discrecionalidad de ningún poder la satisfacción o no de aquellos derechos ligados a la seguridad material y a la autonomía de todos.

### 5.3. La tesis de los derechos sociales como derechos no justiciables

La otra cara de la tesis de los derechos sociales como derechos de libre configuración legislativa es la tesis de su imposible configuración como derechos justiciables, esto es, como pretensiones que puedan ser exigidas ante un tribunal más o menos independiente y tuteladas por éste.

En una primera aproximación, la definición de lo que es un derecho

en términos jurídicos aparece ligada, bien a la facultad que un sujeto tiene de hacer o de no hacer algo en relación con un interés concreto, bien a la expectativa correlativa que una norma jurídica le reconoce de que otros hagan o dejen de hacer algo para satisfacerlo<sup>21</sup>. Tener derecho a la libertad de expresión supondría, así, poder apelar a una norma que conceda esa libertad y que prohíba correlativamente a otros interferir negativa y positivamente en su satisfacción. Tener derecho a un alto nivel de salud, igualmente, comportaría poder apelar a una norma que permita actuar o dejar de actuar con el objeto de preservarla y que obligue a otros a acciones u omisiones que la garanticen. La idea de derecho, pues, parecería ligada tanto al eventual ejercicio de una facultad subjetiva como a un deber u obligación objetivos por parte de terceros.

En un segundo nivel, sin embargo, la noción de derecho suele relacionarse con aquellos casos en los que los sujetos obligados a hacer o a no hacer algo incumplen con su obligación. Precisamente uno de los rasgos que caracteriza un derecho subjetivo es la posibilidad de dirigir un reclamo —que puede denominarse demanda, denuncia o queja— para que una autoridad independiente —habitualmente un juez— haga cumplir la obligación o imponga reparaciones o sanciones por su incumplimiento. Este rasgo se denomina justiciabilidad o exigibilidad judicial, y supone una técnica de garantía del cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del derecho de que se trate<sup>22</sup>.

La cuestión de si los derechos sociales son derechos justiciables ha ocupado un lugar central en las discusiones jurídicas. Como se ha visto, para un importante sector doctrinal la prueba acabada de que los derechos sociales no pueden considerarse auténticos derechos fundamentales sería la imposibilidad de garantizarlos por vías jurisdiccionales. Esta presentación del problema, sin embargo, suele ser, por variadas razones, fuente de malentendidos.

En primer término, porque la justiciabilidad de un derecho no es una cuestión de todo o nada. Es más bien un concepto graduable, que

varía de acuerdo al contexto y que no se agota, en todo caso, en la posibilidad de que un órgano jurisdiccional sancione directamente al órgano remitido o en que otorgue, una prestación incondicional a cualquier persona que la solicite en cualquier circunstancia<sup>23</sup>.

Por el contrario, la justiciabilidad de un derecho, sea éste civil, político o social, admite diversos tipos de intervenciones jurisdiccionales: preventivas, sancionatorias o de control. Todas ellas, sin embargo, tienen un objetivo común: evitar que la vulneración en cuestión quede impune y establecer algún mecanismo que, al menos, obligue a los órganos legislativos o administrativos a justificar públicamente las razones de su incumplimiento, y a exponerse, así, a su deslegitimación.

Los principales argumentos que suelen esgrimirse contra la justiciabilidad de los derechos sociales podrían reducirse a dos: el de la falta de legitimación democrática de los órganos jurisdiccionales y el de la incompetencia técnica de los jueces para lidiar con cuestiones económicas<sup>24</sup>.

Según el argumento de la falta de legitimidad democrática de los órganos jurisdiccionales, admitir la exigibilidad judicial de los derechos sociales introduciría en los sistemas representativos un inadmisiblemente «contra-mayoritario» y, en última instancia, «anti-democrático»<sup>25</sup>. En primer lugar, porque representantes elegidos por la ciudadanía se verían suplantados en el diseño de las políticas públicas y en el manejo de la economía por funcionarios que carecen de responsabilidad directa ante el electorado y a los que se les dejaría la última palabra en estas cuestiones. En segundo término, porque este tipo de intervenciones desvirtuaría la función que las constituciones desempeñan en las complejas sociedades pluralistas contemporáneas. Al anular o impugnar ciertas políticas públicas, los tribunales estarían «constitucionalizando», de manera indirecta, un modelo económico y de desarrollo concreto.

23. Así, S. Craig y P. Macklem, «Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a new South African Constitution», *University of Pennsylvania Law Review* 144/1 (1992), pp. 17 ss.

24. *Vid.* R. Uprimny, «Legitimidad y conveniencias del control constitucional de la economía», en R. Uprimny, C. Rodríguez y M. García Villegas, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá, 2006, pp. 147 ss.; C. Fabre, *Social Rights Under the Constitution*, cit., pp. 128 ss., 152 ss.; V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 122 ss.

25. La bibliografía sobre la llamada dificultad contra-mayoritaria del poder judicial, teorizada por A. Bickel a propósito del tribunal supremo de los Estados Unidos (*The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New York, 1986), es abundante. Para una reconstrucción de este debate, *vid.*, por todos, V. Ferreres Comella, *Justicia y democracia*, cit.; R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1997.

21. La definición de derecho subjetivo es, como se sabe, una de las cuestiones más debatidas en la literatura jurídica. Sobre su relación con la idea de garantía puede verse, además del clásico trabajo de W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 2001; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 173 ss.; J. R. de Lima Lopes, «Derecho subjetivo e direitos sociais...», cit., pp. 113 ss.; J. Cruz Parcerro, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 1999; R. Arango, «Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial», cit., pp. 106 ss.

22. Al respecto pueden verse, entre otros, C. Salazar, *Dal reconocimiento alla garantía del diritto sociali*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 9 ss.; V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Fundación Sindical de Estudios/Bommarzo, Madrid, 2006, pp. 6 ss.

La Constitución dejaría, entonces, de ser un orden abierto y pluralista en el que caben opciones políticas diversas para convertirse en expresión de las doctrinas económicas que cuentan con el beneplácito de los magistrados<sup>26</sup>.

El argumento de la falta de idoneidad técnica de los jueces, por su parte, suele girar en torno, al menos, de tres objeciones centrales. Primero, los jueces no serían expertos en materia económica y social, y por lo tanto sería peligroso dejarles intervenir en cuestiones complejas que escapan a sus funciones tradicionales. Segundo, al no ser los encargados de recaudar impuestos y de obtener recursos para financiar las políticas sociales, sus intervenciones tenderían a obviar las restricciones presupuestarias y las consecuencias financieras de las decisiones sobre derechos deslizando por una resbaladiza pendiente de «populismo judicial». Esto sería, además, un factor de erosión de la propia participación política, puesto que generaría en los ciudadanos una «ilusión de tutela» que los llevaría a reemplazar la lucha electoral y la movilización social por la interposición de acciones judiciales<sup>27</sup>. Finalmente, incluso en aquellos casos en que los tribunales fueran cautos y prudentes, caerían de las herramientas procesales adecuadas para llevar adelante una tarea de tutela como la que los derechos sociales exigen.

Ninguna de estas críticas, en realidad, es infundada. Tras ellas anidan argumentos teóricos razonables y experiencias históricas que no pueden desconocerse. Sin embargo, desde una perspectiva basada en la necesidad de impulsar todas las vías posibles de garantía de los derechos sociales —políticas y jurisdiccionales, institucionales y extra-institucionales (o sociales)— no pueden considerarse concluyentes.

Para comenzar, habría que decir que el argumento de la falta de legitimidad democrática del poder judicial se debilita en los casos más frecuentes y cotidianos de tutela de los derechos sociales, que son precisamente aquellos en que los jueces ordinarios (en lo social, en lo civil, en lo penal, en lo contencioso-administrativo) controlan acciones u omisiones vulneradoras de derechos sociales provenientes tanto de actores públicos como de actores particulares. Los órganos administrativos, en efecto, tampoco tienen legitimidad democrática directa. Y aunque su función básica, en principio, consiste en ejecutar las leyes, es

26. Acerca del concepto de «Constitución abierta», cf., entre otros, F. J. Díaz Revorio, *La Constitución como orden abierto*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1997, pp. 3 ss.

27. Sobre esta posible «feticchización» del uso de los derechos han insistido de manera incisiva, entre otros, W. Brown y P. Williams, *La crítica de los derechos*, trad. de I. C. Jaramillo, Universidad de Los Andes/Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003; y Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, New Jersey, 1999, pp. 177 ss.

decir, normas generales elaboradas por órganos que sí poseen ese carácter representativo, en la práctica sus actuaciones adquieren, muchas veces, un carácter discrecional, arbitrario y opaco. Esto implica que cuando los tribunales ordinarios controlan e incluso sancionan a la administración por actuaciones desviadas o por omisiones arbitrarias que vulneran derechos sociales no sólo no interfieren de manera ilegítima con el principio democrático sino que pueden contribuir a reforzarlo, asegurando el cumplimiento tanto de las leyes como de las propias previsiones constitucionales.

Esta justificación puede amparar la actuación de los tribunales en múltiples situaciones relacionadas con la protección de derechos sociales. Así, por ejemplo, cuando detienen un desalojo arbitrario en tutela del derecho a la vivienda; cuando indemnizan a personas perjudicadas por la prestación defectuosa de un servicio social determinado; cuando exigen a la administración que no frustre expectativas legítimas ya creadas<sup>28</sup> o que asuma compromisos prestacionales en virtud de la prohibición de venir contra sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*)<sup>29</sup>, o cuando emiten un mandamiento a la administración para que resuelva una situación de mora que vulnera un derecho social legalmente reconocido<sup>30</sup>.

28. La frustración de los principios generales de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima tiene especial incidencia en materia de servicios y prestaciones públicas. Según R. García Macho, «desde la numerosa jurisprudencia del Tribunal (de Justicia Europea), puede decirse que se infringe la confianza legítima cuando la norma cuestionada entra en vigor por sorpresa, sin que los sujetos económicos que van a sufrirla estén advertidos, y sin medidas transitorias o complementarias» («Contenido y límites del principio de confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»: *Revista Española de Derecho Administrativo* [Madrid] 56 [1987], p. 571).

29. Por ejemplo, en el caso *Himachal Pradesh State v. Sharma*, de 1986, el Tribunal supremo de la India ordenó al gobierno que procediera a la construcción de una carretera sobre la que ya existía una decisión adoptada. «No se discute —sostuvo entonces el Tribunal— si el gobierno estatal pretendía construir la carretera, ya que se aprobó la partida para hacerlo. El deber legal y constitucional del estado de proporcionar carreteras a los habitantes de la zona no está en discusión. Por lo tanto, esta demanda no necesita examinar hasta dónde llega la obligación de construir carreteras». En 1997, por su parte, el Tribunal supremo de Finlandia confirmó la decisión de un tribunal inferior que había condenado al gobierno municipal a indemnizar a una persona desempleada de largo término, al no haberle conseguido un empleo por seis meses al que se había comprometido. El tribunal inferior había basado su decisión tanto en el artículo 6.2 de la Constitución sobre igualdad laboral como en la ley ordinaria que tenía por objetivo desarrollarlos.

30. Algunos ordenamientos, de hecho, suelen prever remedios procesales específicos y de amplio alcance para estas situaciones. Tal es el caso, por ejemplo, de la acción de incumplimiento en el caso colombiano, del *mandato de separación*, en el brasileño, o del recurso previsto por la Ley española 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta última, en efecto, incluye en su artículo 2.5, párrafo 2.º, un recurso

Y lo mismo podría decirse respecto de las intervenciones jurisdiccionales ordinarias dirigidas a evitar vulneraciones de derechos sociales provenientes de particulares. Sería excesivo plantear que cuando un tribunal ordinario protege los derechos de los arrendatarios de vivienda frente a actuaciones arbitrarias de los propietarios, los derechos de los trabajadores frente a actuaciones arbitrarias del empleador, o los derechos de los pacientes o de los alumnos frente a los prestadores privados de servicios sanitarios o educativos, lo que hace es erosionar el principio de legitimidad democrática. Por el contrario, dichas actuaciones podrían verse como una manera de reforzar dicho principio, garantizando la igual dignidad de las personas y el derecho a la no discriminación consagrado en constituciones y textos internacionales de diferente tipo.

Así las cosas, el argumento contra-mayoritario y anti-democrático se desplazaría en realidad a aquellos supuestos en que son los jueces constitucionales quienes pretenden controlar actuaciones y omisiones provenientes de órganos democráticamente legitimados, como el legislativo y, en su caso, el ejecutivo.

Justificar la existencia de algún sistema de justicia constitucional, tanto si entre sus objetivos figura el de ser una instancia de tutela de los derechos civiles y políticos, como si se propone proteger los derechos sociales, no es tarea sencilla. De la misma manera que la existencia de jueces ordinarios encargados de asegurar la correcta aplicación de las leyes parece razonable dentro de cualquier esquema de división de funciones institucionales, la existencia de órganos jurisdiccionales encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes aprobadas por órganos representativos es, sobre todo desde un punto de vista democrático, discutible<sup>31</sup>.

contra la inactividad de la administración. Su campo de acción, sin embargo, se encuentra delimitado por el artículo 29, que exige la existencia de una disposición general que no precise actos de aplicación o un acto, contrato o convenio administrativo que la obligue a una prestación concreta a una o varias personas determinadas.

31. En la justificación kelseniana —¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Tecnos, Madrid, 1995— la justicia constitucional aparece como un corolario lógico del carácter normativo de las constituciones modernas. Que las constituciones sean normas vinculantes desde el punto de vista jurídico supondría, entre otras cuestiones, la existencia de órganos jurisdiccionales con capacidad para actuar frente a vulneraciones provenientes de los órganos políticos. Este argumento, sin embargo, deja al menos dos cuestiones abiertas. La primera: ¿por qué el órgano de control debe ser un tribunal y no, por ejemplo, una comisión creada dentro del propio parlamento? La segunda: en caso de que se opte por un órgano jurisdiccional como garante último del carácter normativo de la Constitución (porque se considera, por ejemplo, que el parlamento no puede ser juez de sus propias decisiones), ¿quién garantizaría que este órgano cumpla, a su vez, con su función de asegurar el carácter normativo de la constitución? O en otras palabras: ¿cómo se resuelve en

Con todo, la extensión del control jurisdiccional de las leyes en las últimas décadas se ha convertido en un dato insoslayable. Ello, posiblemente, obliga a desplazar la discusión a qué justificación permitiría, al menos en parte, superar la llamada *dificultad contra-mayoritaria*.

Más allá de las diversas propuestas dirigidas a asegurar algún tipo de representatividad indirecta a los jueces constitucionales, una de las justificaciones más convincentes de su función, al menos en términos coyunturales, es la siguiente: en las democracias representativas realmente existentes la tutela de los derechos fundamentales y de los principios ligados al Estado social y democrático de derecho no puede encomenarse a aquellas demandas que no se traducen en beneficios electorales inmediatos o que escapan a la agenda de prioridades políticas establecida por una degradada lógica de partido. En ese contexto, y precisamente por su papel de relativa independencia de los órganos políticos, la justicia constitucional podría ser un instrumento idóneo, si bien no el único ni el principal, para impulsar un cierto control entre poderes en materia de derechos civiles, políticos y sociales y para hacer visibles y audibles los intereses y voces de aquellas minorías (y a veces mayorías) marginadas de los canales representativos tradicionales<sup>32</sup>.

Así concebido, el control jurisdiccional de las políticas económicas y sociales podría verse, más que como una restricción al principio democrático, como una condición para su mantenimiento en el tiempo y para su adecuación a los elementos nucleares del Estado social. El control de constitucionalidad se presentaría como un paradójico límite habilitante, es decir, como un instrumento eficaz para desbloquear los canales representativos de toma de decisiones, garantizar el correcto funcionamiento de los procedimientos democráticos y evitar el naufragio tecnocrático o partidista de las obligaciones políticas en materia de derechos civiles, políticos y sociales<sup>33</sup>. El sentido de una argumentación

estos casos el insoslayable *quid custodiet custodes?* Para este tipo de planteamientos, *vid.*, por ejemplo, C. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., pp. 258 ss.

32. Es el caso, por ejemplo, de las personas presas o de los inmigrantes, que no pocas veces encuentran en los tribunales una protección que los órganos políticos les deniegan. Refiriéndose a estos supuestos en Estados Unidos, el juez Brennan, miembro del Tribunal supremo, constataba que «las cortes han emergido como una fuerza crítica detrás de los esfuerzos para mejorar las condiciones inhumanas». E intentando explicar las razones de ese papel, argumentaba: «Aisladas, como están, de las presiones políticas, e investidas con el deber de aplicar la Constitución, las cortes están en la mejor posición para insistir en que las cuestiones inconstitucionales sean remediadas, incluso si el costo financiero es significativo» (cit. por R. Uprimny, «Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía», cit., pp. 164-165).

33. Sobre esta idea de los límites constitucionales como límites habilitantes, *vid.*

La supuesta incompetencia técnica de los tribunales para lidiar con el control de políticas sociales complejas y para adoptar decisiones con incidencia presupuestaria tampoco sería una razón concluyente contra la justiciabilidad de los derechos sociales.

Para comenzar, el argumento de que los jueces no son «expertos» en materia económica parece pasar por alto que éstos se ven abocados con frecuencia a resolver casos que involucran cuestiones económicas de envergadura. Así, muchos litigios en materia laboral, tributaria, sucesoria, penal, económica o de quiebras, suelen encerrar tasaciones y gestión de bienes, estipulación de daños y perjuicios, cálculos de intereses y de lucro cesante, y otras cuestiones de indudable complejidad. En la mayoría de los casos, su resolución exige el requerimiento de informes técnicos y la actuación de peritos de diversa índole. Sin embargo, no se trata de obstáculos irresolubles y muchas de las soluciones técnicas a las que los tribunales recurren para afrontarlas tienen una firme aceptación en la *communis iuris opinio*.

Algo similar puede afirmarse del argumento conforme al cual las intervenciones jurisdiccionales en la protección de derechos sociales tenderían a obviar las restricciones presupuestarias y a derivar en un inevitable «populismo judicial».

En primer lugar, como se ha recordado ya, muchas de las actuaciones jurisdiccionales dirigidas a tutelar derechos sociales no tienen mayores repercusiones presupuestarias y pueden consistir, por ejemplo, en medidas cautelares contra desalojos o de suspensión de medidas contaminantes, en mandamientos al legislador o a la administración para que completen el marco regulatorio de un derecho social, etcétera.

En todo caso, aunque las actuaciones jurisdiccionales dirigidas a proteger derechos fundamentales no tengan por objetivo delimitar los presupuestos públicos, es inevitable que tengan consecuencias presupuestarias. Pero esto no ocurre sólo con los derechos sociales, sino también con el resto de derechos, comenzando por los derechos patrimoniales, cuya tutela jurisdiccional acarrea costes considerables que con frecuencia incluyen compensaciones monetarias y desembolsos financieros no previstos en el presupuesto anual<sup>37</sup>.

37. En Estados Unidos, por ejemplo, la protección de ciertos derechos patrimoniales ligados al *common law* es considerada una pieza esencial de un más o menos difuso marco normativo de fondo. Lo que con frecuencia permanece oculto cuando se invoca ese marco es que la garantía del derecho de propiedad y de las libertades contractuales exige numerosas intervenciones estatales y que dichas intervenciones constituyen, en realidad, la estructura sobre la que reposa la moderna sociedad capitalista. Vid. M. Langford, «Judging Resource Availability», cit., p. 91.

de este tipo, en todo caso, no sería ofrecer una justificación *tout court* de las intervenciones jurisdiccionales. Se trataría, por el contrario, de ofrecer cobertura a aquellas dirigidas a asegurar eficacia normativa a los derechos que constituyen el nervio de los procedimientos democráticos, incluidos los derechos sociales básicos, y a impugnar, en cambio, aquellas que con frecuencia tienden a restringir su alcance.

La introducción de estos controles jurisdiccionales sobre las mayorías legislativas coyunturales en tutela de los derechos sociales, tanto de las minorías en situación de vulnerabilidad como de las no siempre coincidentes mayorías sociales, tampoco estaría reñida ni con el carácter «abierto» de la Constitución, ni con el pluralismo político, ni con el propio principio democrático. Serían, una vez más, el presupuesto de su posibilidad real y de su adecuación al principio del Estado social<sup>34</sup>.

La apertura constitucional, en efecto, no equivale a neutralidad, y si quiere prolongarse en el tiempo debe ser capaz de preservar las bases materiales que sostienen los procesos de democratización<sup>35</sup>. Una constitución que reconoce derechos sociales o que, en nombre del principio del Estado social, impone deberes positivos y negativos a los poderes públicos y a los poderes de mercado, no puede ser absolutamente neutra en términos económicos, del mismo modo que una constitución que proscribe la tortura y garantiza el debido proceso no es neutra en materia de política criminal. Las mayorías legislativas no podrían invocar el principio democrático para justificar una estrategia de actuación contra el delito fundada en la tortura sistemática y en el desconocimiento masivo de los derechos de defensa de los ciudadanos, del mismo modo que no podrían hacerlo para justificar la eliminación del derecho de huelga o la regresión deliberada en materia de derechos sociales<sup>36</sup>.

34. Holmes, «Precommitment and the paradox of democracy», en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, cit., pp. 195 ss. Acerca de la estrategia, más bien procedimental, de fundamentación del papel de los jueces en el control del legislador, *vid.*, por todos, J. H. Ely, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de M. Holguín, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, Bogotá, 1997. En sentido similar, C. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., pp. 274 ss.; o J. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., pp. 337 ss. De lo que se trataría, en definitiva, es de reconstruir dichas posiciones en los términos no ya de un *procedimentalismo débil*, sino más bien de un *procedimentalismo fuerte* que incluya derechos sociales constitucionales básicos.

35. Así, entre otros, M. A. García Herrera, «Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional», en P. Andrés (ed.) *Corrupción y Estado de derecho*, cit., pp. 82 ss.

36. Vid. J. J. Gomes Canotilho, «Revisoría o romper con la Constitución dirigente?», *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid) 43 (1995), pp. 9 ss.

37. Así, en R. Uprimny, «Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía», cit., pp. 190 ss.



En realidad, el impacto presupuestario de las actuaciones judiciales dirigidas a asegurar la eficacia normativa de los derechos civiles, políticos y sociales es un elemento insoslayable una vez que se aceptan las condiciones que, al menos formalmente, caracterizan una democracia constitucional. La existencia, en efecto, de ciertas necesidades e intereses básicos reputados indisponibles para el poder representa un límite infranqueable a la libre configuración del gasto público, que no puede vulnerarlos ni dejar de satisfacerlos. Es más, en aquellos supuestos en los que se procura dar respuesta a casos urgentes, de imperiosa necesidad, y en que la división de poderes no queda gravemente afectada, la limitación del principio de libre configuración legal del gasto público es un corolario obligado del respeto del contenido mínimo o esencial que todo derecho entraña<sup>38</sup>.

Naturalmente, el hecho de que la configuración legal del gasto público no sea absoluta no quiere decir que las intervenciones jurisdiccionales no deban tener en cuenta las consecuencias, no sólo presupuestarias, sino políticas y sociales, de sus actuaciones. No obstante, una cierta sensibilidad frente a las consecuencias de las propias decisiones no puede confundirse con el pragmatismo consecencialista según el cual toda intervención jurisdiccional con repercusiones económicas pondría en peligro, por principio, el «equilibrio presupuestario», o constituiría una ilegítima intromisión en ámbitos reservados a la «esfera política». En la práctica, los tribunales han reaccionado de manera diversa y utilizado diferentes herramientas procesales con el propósito de compatibilizar la garantía de derechos civiles políticos o sociales básicos con un cierto equilibrio presupuestario y con el principio de división de poderes.

En aquellos casos en los que han considerado que existía una situación grave de vulneración de derechos, que los poderes públicos eran responsables de dicha situación y que las consecuencias económicas de sus fallos podían resultar asumibles, los tribunales han ordenado presiones directas y medidas de compensación e indemnización de considerable cuantía<sup>39</sup>.

El argumento de la falta de recursos y de la reserva de lo económicamente posible, por su parte, tampoco ha sido considerado una preclusión *iuris et de iure* o un argumento definitivo exento de control jurisdiccional. Por el contrario, en muchas ocasiones los tribunales han demostrado que la actuación pública requerida no era tan compleja como

38. Vid. R. Arango, «Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial», cit., pp. 118 ss.

39. M. Langford, «Judging Resource Availability», cit., p. 106.

sostenían los órganos políticos<sup>40</sup>, han presentado cifras alternativas que permitieran desbaratar la supuesta imposibilidad de sufragarlas<sup>41</sup>, han invocado la existencia de políticas similares en otras jurisdicciones o han incluido en los cálculos monetarios elementos que habían sido deliberadamente excluidos, como los costes que la postergación de una política social actual puede tener en los presupuestos futuros<sup>42</sup>.

40. En el caso *Treatment Action Campaign*, de 2002, la Corte constitucional sudafricana entendió que la ausencia de medidas adecuadas para facilitar un acceso amplio y sin demoras del Nevirapine, un medicamento utilizado para prevenir la transmisión del VIH de madres a hijos, constituía una irrazonable vulneración del derecho de acceso a la asistencia médica previsto en el artículo 27 de la Constitución. Frente a los argumentos del gobierno de que esta actuación exigía, además del suministro del medicamento, la puesta en marcha de pruebas y servicios de asesoramiento de elevado coste, la Corte entendió que muchos de los recursos disponibles se encontraban desaprovechados y que, frente a la gravedad de la situación, no sería «una tarea compleja equipar a los servicios de asesoramiento existentes con los conocimientos y la preparación necesarias».

41. En el caso *Eldridge*, de 1997, el Tribunal supremo canadiense rechazó el argumento del gobierno provincial de la Columbia británica de que no podía proveer de intérpretes a las personas sordas debido a las implicaciones presupuestarias que dicha prestación entrañaba. Para justificar su decisión, el Tribunal examinó el eventual coste de la medida y llegó a la conclusión de que no comportaba una carga inasumible para los poderes públicos: los aproximadamente 150.000 dólares requeridos en aquel momento no representaban más del 0,0025% del presupuesto en materia sanitaria. De manera similar, en el caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India*, de 2001, el tribunal supremo indio tuvo que afrontar la demanda de una organización civil que exigía su intervención ante unas hambrenas que habían costado la vida a miles de personas. Entre otras actuaciones, el Tribunal dictaminó que las prestaciones incluidas en ocho programas alimentarios del gobierno fueran declaradas derechos, que los estados más afectados por la situación proporcionarían almorzar a los niños de las escuelas públicas o financiadas por el gobierno y que se pusieran en marcha planes específicos para casos urgentes. Para justificar su decisión, el Tribunal comenzó por constatar que existían reservas de 50 millones de toneladas de grano y que muchos de los centros de distribución de alimentos permanecían cerrados. Asimismo, y dada la gravedad del caso, rechazó los argumentos basados en la falta de recursos y sostuvo que el gobierno debía «realizar recortes en algún otro sitio».

42. En el caso *Autor*, de 2000, el gobierno de la Columbia británica, otra vez en Canadá, utilizó el argumento de la «reserva de lo posible» para no financiar una serie de tratamientos para personas autistas. Esta vez fue el Tribunal supremo provincial el que rechazó el razonamiento por considerarlo una vulneración del derecho a la no discriminación de los afectados por dicha enfermedad. Para justificar su decisión, el Tribunal se valió de dos criterios de interés en relación con la incidencia presupuestaria de la sentencia. Por un lado, sostuvo que los gastos que suponía asistir a los niños en el desarrollo temprano de su potencial educativo y social serían considerablemente menores que los que suponía la financiación de su tratamiento a largo plazo. Por otra parte, opuso la actuación del gobierno provincial a la de otras jurisdicciones canadienses que habían puesto en marcha programas similares, debilitando así su argumento de que el valor científico de los tratamientos no justificaba un gasto semejante. Cit. por M. Langford, «Judging Resource Availability», cit., p. 94.

Entre las intervenciones jurisdiccionales con mayor relevancia presupuestaria se encuentran aquellas en las que los tribunales, en cumplimiento del principio de igualdad formal, han corregido políticas públicas consideradas parciales y discriminatorias, imponiendo una igualdad «hacia arriba» y ordenando, en consecuencia, la extensión de las prestaciones en juego a los sujetos que se consideraban arbitrariamente excluidos. A través de esta vía, tribunales constitucionales como el italiano<sup>43</sup> o el español<sup>44</sup>, los tribunales canadienses o la corte constitucional sudáfricana, han reconocido derechos sociales no previstos por el legislador pero derivados de una aplicación lógica del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación arbitraria<sup>45</sup>.

Desde luego, estos fallos no siempre son el producto de una decisión unilateral de los tribunales. Así, aunque éstos suelen disponer de competencias para anular o inaplicar directamente disposiciones legales que vulneren derechos sociales, también han desarrollado mecanismos definitivos y más «bilaterales», dirigidos a entablar un diálogo garantista, y no siempre condescendiente, con el resto de poderes públicos, instándolos a reparar actuaciones y omisiones *prima facie* inconstitucionales y ligadas a derechos sociales<sup>46</sup>.

En esta línea, por ejemplo, los tribunales han emitido declaraciones en las que se reconoce que una política pública tiene elementos inconstitucionales pero, para evitar lagunas o consecuencias económicas indeseadas, se propone la decisión de anularlas o se reenvía la cuestión al legislador para que en un tiempo razonable y de acuerdo a ciertos principios ponga en marcha algunas de las medidas a su alcance para adecuarla al dictado constitucional<sup>47</sup>.

43. Sobre esta técnica, reflejada en el caso italiano en las llamadas sentencias aditivas de prestación, pueden consultarse, entre otros, los estudios de C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Cedam, Padova, 1996; y C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 127 ss.

44. *Vid.*, entre otros, F. J. Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001; M. González Belluss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

45. Para el caso sudáfricano, *vid.* S. Liebenberg, «Enforcing Positive Socio-Economic Rights Claims...», cit., p. 85.

46. Para el caso europeo ver, por todos, E. Aja (coord.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998.

47. Así, por ejemplo, la Corte constitucional colombiana, en su Sentencia C-700, de 1999, decidió mantener por algunos meses un sistema de acceso a créditos e hipotecas denominado UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante) que había considerado inconstitucional por vulnerar el derecho a la vivienda contemplado en el artículo 51 de la Constitución con el fin de evitar vacíos normativos que pudieran generar graves traumatismos económicos. La Corte constitucional consiguió que la UPAC permaneciera vinculada a la inflación, se prohibió la capitalización de intereses y se ordenó una reliquidación de los

En algunos ordenamientos, como el portugués, el brasileño o el húngaro, este tipo de declaraciones o reenvíos han permitido introducir un cierto control incluso sobre las situaciones de inconstitucionalidad originadas en omisiones legislativas absolutas, amonestando a los órganos remisos y sugiriéndoles posibles vías de acción<sup>48</sup>.

A veces, como ha ocurrido en Alemania, ha bastado con que, frente a una omisión persistente, el Tribunal constitucional amenazase con un veredicto de vulneración de la Ley Fundamental de Bonn para que el legislador intentara reparar su incumplimiento<sup>49</sup>. En otras ocasiones, sin embargo, la simple declaración de que una omisión o una actuación irrazonables constituían una situación de inconstitucionalidad y el establecimiento de algunos principios generales que permitirían corregirla no han bastado para activar a los órganos políticos.

De ahí que frente a vulneraciones graves o sistemáticas de derechos originadas en una falta de colaboración persistente de los poderes públicos, los tribunales hayan impulsado sentencias no ya meramente declarativas sino de *reforma estructural* que, además de principios generales, estipulan medidas concretas a adoptar, fijan un cronograma de cumplimiento y disponen actuaciones de seguimiento que aseguren su efectividad<sup>50</sup>.

créditos hipotecarios para aliviar así la situación de los deudores. Sin embargo, reconoció que era necesario consagrar un plazo de siete meses para permitir que la ley «establezca las directrices necesarias para la instauración del sistema que haya de sustituir al denominado UPAC, sin que exista un vacío inmediato, por falta de normatividad aplicable». Sobre este caso, *vid.* R. Uprimny, «Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía», cit., pp. 162 ss. Asimismo, R. Uprimny y M. García Villegas, «Tribunal Constitucional y emancipación social en Colombia», en B. Sousa Santos (orig.), *Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002, pp. 229 ss.

48. Sobre el alcance de las acciones de inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento portugués y brasileño, puede verse, entre otros, J. Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 83 ss. Una reflexión teórica y dogmática de interés al respecto es también la de I. Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997.

49. De ahí que, como sostiene H. Peter Schneider, no quepa, «de entrada, descalificar como ineficaz en el Estado social la función de los derechos fundamentales entendidos como reglas de actuación legislativas» (*Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 146). De una opinión similar acerca de las posibles actuaciones de los tribunales frente a un legislador inoperante es R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 496.

50. Las sentencias de reforma estructural tienen una larga tradición en los Estados Unidos, donde han sido utilizadas para introducir reformas penitenciarias o para erradicar la discriminación racial de las escuelas. Sobre esta cuestión, puede verse el libro de O. Fiss, *The Law as It Could Be*, New York University Press, New York, 2003. Sobre las *structural injunctions* y su aplicación a la protección de derechos sociales puede consultarse

En estos casos, la gravedad y complejidad de la situación justifica que la bilateralidad y el diálogo integre a tribunales, responsables públicos y privados y sujetos afectados, y se prolongue incluso al momento de ejecución de las sentencias<sup>51</sup>.

Uno de los mecanismos de los que se han servido los tribunales para realizar este tipo de control estructural es el principio de proporcionalidad, que les permite indagar, más allá del caso concreto, si una determinada política pública persigue fines constitucionalmente legítimos, si es adecuada o no a esos fines y si se vale de los medios menos gravosos para los derechos a que afecta. Este control de proporcionalidad está estrechamente ligado al control de razonabilidad, mediante el que algunos tribunales, como el sudafricano, han llegado a incluir un «deber de prioridad de los más vulnerables», esto es, la obligación de que la política pública analizada ofrezca respuestas de corto, mediano y largo plazo, si no para todos, al menos para un sector considerable de los grupos con necesidades más urgentes<sup>52</sup>.

también, K. Roach, «Crafting Remedies for Violations of Economics, Social and Cultural Rights», en *The Road to a Remedy...*, cit., pp. 114 ss.

51. Por ejemplo, la Corte constitucional colombiana ha desarrollado el concepto de «estado de cosas inconstitucional» para describir aquellas «situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general —en tanto que afectan a multitud de personas— y cuyas causas sean de naturaleza estructural —es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades». Así, y «dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudirían a la tutela podrían congestionar de manera incesante la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional» (Sentencia T-153, de 1998, Magistrado Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz, FJ 53). La jurisprudencia sobre el estado de cosas inconstitucional es reiterada por la Corte, entre otras, en las sentencias T-547 y T-1077, de 2001; T-1194, T-958, de 2003; y T-025, de 2004. *Vid.*, al respecto, J. Torres Ávila, *El mínimo vital en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, cit.

52. Por ejemplo, en el caso *Grootboom*, de 2000, la Corte constitucional sudafricana analizó la situación del derecho a la vivienda de 390 personas mayores de edad y 510 niños obligados a vivir en condiciones deplorables mientras esperaban su turno para que se les asignasen viviendas de renta asequible. En su fallo, la Corte constitucional consideró que para superar el test de razonabilidad no bastaba con que existiera un programa público en materia habitacional que supusiera un mero «avance estadístico» en relación con programas anteriores. Debía, además, prever soluciones de largo, mediano y corto plazo para «aquellas personas que no tenían acceso a la tierra ni un techo sobre sus cabezas o que vivían en condiciones críticas o intolerables». Sobre el caso *Grootboom* y sus implicaciones teóricas, vid. G. Budlender, «Justiciability of the Right to Housing: the South African Experience», en S. Leckie (ed.), *National Perspectives on Housing Rights*, Kluwer Law International, Den Haag, 2003, pp. 218 ss.; C. Sunstein, «Social and Economic Rights? Lessons from South Africa», en *Designing Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 221 ss.; S. Liebenberg, «Enforcing Positive Socio-Economic Rights Claims: The

De este modo, una vez declarada la desproporcionalidad o la irrazonabilidad de una política determinada, y la vulneración, por consiguiente, del derecho o de los derechos en disputa, los tribunales convocan a las partes involucradas y resuelven la puesta en marcha de medidas de reparación que pueden consistir, por ejemplo, en la adopción de un plan o programa integral para superar la violación verificada judicialmente. Su actuación, sin embargo, no se detiene allí. Seguidamente, se adopta un cronograma que prevé la adopción de pasos concretos y la actuación judicial se reconduce a la homologación de esos acuerdos, a la supervisión de su cumplimiento y a la imposición de sanciones a los responsables en caso de incumplimiento<sup>53</sup>.

Esta resolución procedimentalizada de conflictos redistributivos bien podría encontrar acomodo en una justificación democrática de la función jurisdiccional que pretenda atribuirle, antes que la última palabra en cuestiones sustantivas que afectan a los derechos sociales, la misión de preservar la calidad deliberativa del proceso legislativo y de su ejecución. En ese contexto, una de las principales obligaciones de los órganos políticos sería proporcionar información adecuada sobre los hechos relevantes del caso, oír a los afectados, comenzando por los grupos en mayor situación de vulnerabilidad y ofrecer a la opinión pública razones de sus actuaciones o inacciones en la materia. Que a los tribunales les venga atribuido este papel de custodios de la apertura de los procesos deliberativos no quiere decir, en todo caso, que de acuerdo a la gravedad de la violación de derechos en juego no puedan combinarse medidas de reparación sistémicas y dialógicas, de medio y largo plazo, con medidas de reparación y compensación a los eventuales afectados concretos e inmediatas<sup>54</sup>.

South African Model of Reasonableness Review», en J. Squires, M. Langford y B. Thiele, *The Road to a Remedy*, cit., pp. 73 ss.

53. En el aludido caso *Grootboom*, si bien la Corte constitucional no entró a considerar el posible alcance del contenido mínimo del derecho en el caso en cuestión, decidió emitir una orden declarativa en virtud de la cual requería al estado actuar para cumplir la obligación impuesta por el artículo 26.2 de la Constitución referido al derecho a la vivienda. Esta obligación incluía, según el Tribunal, «la obligación de diseñar, solventar, implementar y evaluar las medidas para proporcionar soluciones a aquellas personas con necesidades de vivienda imperiosas». Para cumplir con ese cometido, precisamente, encargó a la Comisión de Derechos Humanos, órgano de rango constitucional, tareas de supervisión en la ejecución de la sentencia por parte del gobierno.

54. En el ya mencionado caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India*, el Tribunal supremo comenzó por emitir una serie de mandamientos a los estados en los que se habían producido hambres para que reabriran los centros de distribución de alimentos y ampliaran su horario de atención. Luego ordenó a los estados que identificaran a las familias situadas por debajo del umbral de pobreza y que informaran acerca de los programas con los que pretendían afrontar la crisis. Tomando como base esta infor-

Llegados a este punto, es verdad, los poderes públicos no pueden ser obligados a cumplir con lo imposible. Sin embargo, como se ha insistido antes, lo económicamente «posible» o «razonable» es algo que debe ser probado, y no presumido. Entre otros extremos, los órganos políticos deben demostrar: *a*) que están empleando el máximo de sus esfuerzos y hasta el máximo de sus recursos para satisfacer los derechos en cuestión; *b*) que están recogiendo y difundiendo información suficiente acerca de las necesidades existentes; *c*) que están supervisando el cumplimiento de los planes existentes y formulando planes futuros; y *d*) que tanto unos como otros prevén soluciones, de corto, medio y largo plazo, para los grupos más necesitados.

Los tribunales, por su parte, pueden reservarse la posibilidad de controlar la razonabilidad de estas respuestas, incluso en la fase de ejecución de sus sentencias. Y para ello cuentan, como se ha visto, con diferentes mecanismos que les permiten examinar estas cuestiones de manera racional y atenta a las consecuencias de sus decisiones, respetando el principio de división de poderes, pero sin desentenderse de su deber de dar efectividad a los derechos civiles, políticos y sociales recogidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

#### 5.4. Elementos para una protección jurídica equivalente de los derechos fundamentales

A lo largo de este capítulo, se ha procurado mostrar cómo la ausencia de diferencias estructurales entre derechos sociales y derechos civiles y políticos permite pensar, más allá de las diferencias entre ordenamientos jurídicos concretos, una dogmática tendencialmente unitaria basada en los principios de indivisibilidad e interdependencia entre ellos. La incorporación de los derechos a la lógica constitucional moderna operaría así como el *test* básico de su fundamentalidad y obligaría a los poderes

mación, identificó el contenido mínimo del derecho a la alimentación en estos casos, estableció la necesidad de que se pusieran en marcha una serie de programas públicos que lo satisficieran y encomendó a los órganos municipales que supervisaran su implementación, así como la distribución efectiva de alimentos y la puesta en marcha de planes para casos urgentes. Un interesante comentario de este caso y de otras sentencias de reforma estructural dictadas por el máximo tribunal indio, en S. Murallidhar, «Judicial Enforcement of Economic and Social Rights: the Indian Scenario», en F. Coomans (ed.), *Justiciability of Social Rights. Experiences from Domestic Systems*, Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2006, pp. 237 ss. En general, sobre la combinación por parte de los tribunales de medidas de reparación concretas y de medidas sistémicas, de largo alcance, *vid.* K. Roach, «Crafting Remedies for Violations of Economics, Social and Cultural Rights», *cit.*, p. 120.

constituidos a impulsar un sistema de garantías equivalente para todos ellos, tanto desde el punto de vista legislativo y administrativo como desde el jurisdiccional. En ocasiones, ese impulso exigiría reformas legales e incluso constitucionales; en otras, simples cambios hermenéuticos. Bajo estas premisas, en todo caso, todos los derechos fundamentales podrían considerarse como derechos con un contenido nuclear, directamente deducible *ex constitutione* y con un contenido adicional, abierto e indeterminado, sujeto a la configuración legislativa. Aunque esta frontera no sea fija y pueda variar de derecho a derecho, y de ordenamiento a ordenamiento, todos los derechos, y no sólo los derechos sociales, aparecerían, asimismo, como derechos constitucionales y de configuración legal, ya que su mayor o menor efectividad está vinculada al desarrollo que les dé el legislador de acuerdo a las diferentes opciones políticas de que dispone.

En virtud del principio democrático y del carácter *abierto* de las constituciones pluralistas, el margen para la configuración legislativa es amplio. Sin embargo, no es en ningún caso absoluto: los órganos políticos se encuentran vinculados por obligaciones inmediatas como el respeto por el contenido esencial o mínimo de los derechos en juego, la prohibición de regresividad o el deber de no discriminación, y por deberes graduales, aunque no postergables *sine die*, como el de progresividad.

De manera paralela a la distinción entre contenido constitucionalmente protegido de los derechos y contenido supeditado a la configuración legislativa, transcurriría la distinción entre dimensión subjetiva y dimensión objetiva de los mismos. Así, en todos los derechos civiles, políticos y sociales podría reconocerse una dimensión objetiva que los convierte en mandatos o principios dirigidos al legislador, junto a una dimensión subjetiva que hace de ellos pretensiones exigibles, directamente o por conexión con otros, ante los tribunales<sup>55</sup>.

Aunque la distinción entre principios objetivos y derechos subjetivos se ha intentado presentar como un reflejo más de la diferenciación entre derechos sociales y derechos civiles y políticos, lo cierto es que ambas categorías de derechos pueden asumir esta estructura<sup>56</sup>. Nada

55. La definición de lo que es un principio es objeto de controversia. Entre las diferentes propuestas, podría destacarse la que los entiende como mandatos de optimización, esto es, como obligaciones dirigidas al legislador cuya realización depende, entre otras cuestiones, de la inexistencia de principios opuestos. Sobre esta cuestión *vid.* R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 86, y L. Prieto Sanchis, *Ley, principios, derechos*, *cit.*, pp. 54 ss.

56. La confusión tiene su origen, precisamente, en aquellos textos que, básicamente, atribuyen sólo a los derechos sociales el carácter de principios o directivas de las políticas

impide, en efecto, que los derechos civiles y políticos, además de como derechos subjetivos, puedan operar como principios o mandatos objetivos dirigidos a orientar las políticas legislativas. Bien podría hablarse, en realidad, de principios rectores no sólo de las políticas económicas y sociales sino, en general, de las políticas informativas, culturales, ambientales, lingüísticas, de género, etc. Del mismo modo, nada obsta a que los derechos sociales, además de como principios objetivos, puedan contemplarse, como se ha visto, como derechos subjetivos exigibles a los tribunales en ciertas circunstancias y bajo ciertas condiciones.

Así las cosas, el derecho a la libertad de expresión podría concebirse como el derecho subjetivo a no ser censurado o a acceder en condiciones no discriminatorias a los programas públicos de subvenciones para publicaciones, pero también como un principio o mandato dirigido a los poderes públicos para que desarrollen, por ejemplo, políticas informativas plurales, que impidan los monopolios y garanticen un acceso sin discriminaciones a los medios de comunicación. El derecho a una vivienda digna, por su parte, podría pensarse como el derecho subjetivo a no ser desalojado de manera arbitraria, o a ser realojado en un lugar adecuado, pero también como un mandato a los poderes públicos para que impulsen, por ejemplo, políticas habitacionales integrales, transparentes y participativas.

Ciertamente, las posibilidades de justiciabilidad de los derechos sociales dependerán en buena medida, como se ha dicho ya, de lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Pero esto, una vez más, no sólo ocurre con los derechos sociales sino también con los civiles y políticos. La menor o mayor regulación legal de cualquier derecho debilita o refuerza sus posibilidades de exigibilidad judicial. Su ausencia, sin embargo, no la elimina, al menos en lo que respecta a su contenido mínimo deducible *ex Constitutione*<sup>57</sup>. Y es que, en definitiva, la posibilidad de

públicas, reservando a los derechos civiles y políticos la condición exclusiva de derechos subjetivos. La primera constitución en utilizar esta técnica fue la irlandesa de 1947. La Constitución de la India de 1950 se inspiró en aquella para introducir una distinción similar. La Constitución española de 1978, por su parte, coloca a la mayoría de derechos sociales, con excepción del derecho a la educación, en un capítulo específico, el III del Título I, sobre «Principios Rectores de la Política Económica y Social». Dentro de ese capítulo, sin embargo, consagra también derechos subjetivos, al menos en un sentido literal: el «derecho» a una vivienda digna y adecuada (art. 47), el «derecho» a la protección de la salud (art. 43), el «derecho» de acceso a la cultura (art. 44), o el «derecho» a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45).

57. Esta sería una posible interpretación, a falta de voluntad política para una reforma constitucional que aclarase estos extremos, del conatus artículo 53.3 de la Constitución española: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la

allegación de un derecho ante los tribunales no debería derivarse de su estructura —que es, como se ha visto, similar para todos— sino de su carácter de derecho constitucionalmente protegido<sup>58</sup>.

Nada impediría, por lo tanto, postular la equivalencia potencial de los mecanismos de tutela jurisdiccional de todos los derechos fundamentales, sean civiles, políticos o sociales. Esta equivalencia, como se ha visto, alcanza tanto a los argumentos que puedan esgrimirse a favor y en contra de su protección por tribunales ordinarios o constitucionales como a las herramientas procesales que puedan utilizarse para realizarla. Frente al argumento de la inevitable indeterminación del contenido de los derechos sociales, así como de las conductas a las que éstos obligan, se ha procurado mostrar cómo, en los últimos años, diferentes tribunales locales no sólo han impulsado una interpretación extensiva de los preceptos sociales contenidos en sus constituciones, sino que se han beneficiado, además, de los criterios hermenéuticos proporcionados por otras jurisdicciones y por órganos de supervisión de cartas internacionales o regionales como el Comité DESC de Naciones Unidas, el Comité de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o, en el caso europeo, el Comité que supervisa el cumplimiento de la Carta Social<sup>59</sup>.

actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Que un principio rector, o, si se prefiere, que un mandato al legislador sólo puedan ser alegados a los tribunales de acuerdo a las leyes que los desarrollen sería una disposición aplicable en realidad a cualquier principio referido a cualquier derecho. A mayor desarrollo legislativo, mayores posibilidades de exigibilidad, sin que eso implique vaciamiento absoluto del contenido normativo del derecho en caso de ausencia de regulación.

58. En su Sentencia 15/1982 sobre la objeción de conciencia, el Tribunal constitucional español sostuvo, precisamente, que «cuando se opera con (una) reserva de configuración legal el mandato constitucional no puede tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido [...] pero ese mínimo ha de ser protegido ya que de otro modo el amparo previsto en el artículo 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento [...] La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador —renata el tribunal— no puede lesionar un derecho reconocido en ella» (FJ 8). Se trata, por desgracia, de una posición que el propio tribunal abandona al referirse a los derechos sociales recogidos en el Capítulo III del Título I sobre Principios Rectores de la Política Económica y Social. Así, por ejemplo, en la Sentencia 45/1989 afirma que, teniendo en cuenta la «naturalidad» de dichos principios, «es improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, asiladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de estos principios por lo general se concreta» (FJ 4).

59. Son varios, de hecho, los tribunales que en sus fallos han invocado no sólo el PIDESC, sino las Observaciones Generales (OG) emitidas por los comités de derechos

Ciertamente, los parámetros más garantistas están muy lejos de integrar los «selectores doxológicos» dominantes que orientan la actuación de los operadores jurídicos autorizados<sup>60</sup>. No obstante, la proliferación de referencias jurisprudenciales cruzadas constituye una prueba innegable del afianzamiento de un auténtico «quinto método de interpretación» construido, junto a los métodos clásicos, a partir de experiencias planteadas en ordenamientos pertenecientes, incluso, a tradiciones jurídicas diversas<sup>61</sup>. En este contexto, bien podría suscribirse la afirmación según la cual no existe ningún derecho civil, político o social al que no pueda asignarse al menos alguna dimensión significativa de justiciabilidad<sup>62</sup>.

En muchos países del mundo podría constatarse incluso una nutrida experiencia de tutela de derechos sociales que no es «rematizada» como tal. Esto es, de hecho, lo que diferentes tribunales del orden contencioso-administrativo, laboral, civil o penal, suelen hacer cuando dictan una medida cautelar que impide un desalojo arbitrario o un despido injustificado; cuando emiten un mandamiento que obliga a un centro de atención sanitaria a atender a un paciente en situación de urgencia; cuando sancionan a la administración por mora en el desarrollo de un programa social legalmente previsto; cuando ordenan la clausura de una empresa por contaminación y atentado a la salud; cuando autorizan la indemnización a particulares por daños y perjuicios sufridos en sus relaciones laborales, o sanitarias, o habitacionales. Asimismo, se ha

Humanos y DESC de Naciones Unidas. En 2001, por ejemplo, el tribunal supremo de Hong Kong invocó, en el caso *Equal Opportunities Commission v. Education Director*, la OG n.º 18 del Comité de Derechos Humanos, referida al artículo 18 del PIDCP, al considerar un caso de discriminación en materia de educación. En el caso n.º 2000-08-0109, por su parte, el tribunal constitucional de Lituania argumentó su decisión recurriendo a las OG n.º 3 y 9 del Comité DESC. Lo propio hizo la Comisión Africana de Derechos Humanos con las OG n.º 3, 4, 7 y 10 en el caso *Serac and CESR v. Nigeria*. Finalmente, en el ya aludido caso *Grootboom*, de 2000, la corte constitucional sudafricana utilizó como criterios interpretativos las OG n.º 3 y 4; y en el caso *Residents of Ben Vista Mansions v. SMLC*, de 2001, invocó la OG n.º 12 sobre el derecho a la alimentación.

60. J. R. Capella denomina «selector doxológico» (de *doxa*, opinión, manera de ver) al conjunto de nociones, conceptos técnicos, pareceres y modos de pensar que el hermetizado dotado de autoridad ha hecho suyos durante los años de aprendizaje de las materias jurídicas y en su trato con éstas, y cuyo conocimiento es condición de la comunicación entre juristas (*Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 2006, p. 138).

61. Sobre este «quinto método» de interpretación, complementario de los clásicos métodos literal o gramatical, histórico, sistemático y teleológico, *vid.* P. Häberle, «The Constitutional State and its Reform Requirements», *Ratio Juris* 13/1 (2000).

62. Para una defensa de estas estrategias, *vid.* P. Andrés Ballester, «El juez nacional como garante de los derechos humanos», en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

visto cómo los propios tribunales constitucionales han desarrollado mecanismos de control de la razonabilidad y proporcionalidad de políticas públicas *prima facie* discriminatorias o regresivas, cómo han emitido recomendaciones y advertencias a legisladores renuentes y cómo, en situaciones de urgencia o de vulneración sistemática de derechos, han llegado incluso a ordenar la provisión temporal de servicios o recursos al tiempo que imponían a los poderes públicos medidas concretas de actuación, un plazo razonable para llevarlas adelante y adecuadas medidas de seguimiento.

Este tipo de actuaciones, en realidad, ha sido posible incluso en aquellos países en los que, o bien no se reconocen derechos sociales constitucionales de manera explícita o bien éstos no revisten de manera clara el carácter de derechos subjetivos. Ese ha sido el caso de países como la India, Estados Unidos, Canadá o Alemania, y de tribunales regionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han desplegado diferentes vías de tutela indirecta de los derechos sociales, por «conexión» con otros derechos fundamentales sobre cuya justiciabilidad no se proyectan dudas.

En general la vulneración de derechos sociales ha sido tenida en cuenta cuando, por «conexión», han resultado afectados<sup>63</sup>.

1) El principio de igualdad y la prohibición de discriminación: por ejemplo, en el caso de programas habitacionales, laborales, educativos o sanitarios que excluyen de manera ilegítima a un determinado grupo social, como las mujeres, los hijos de los inmigrantes, las personas con discapacidad<sup>64</sup>.

2) Los derechos relativos al debido proceso: por ejemplo, cuando como consecuencia del incumplimiento de garantías como la tutela judicial efectiva o el derecho a ser oído se priva a una persona o a un grupo de un derecho social determinado<sup>65</sup>.

63. V. Abramovich y C. Cortés, *Los derechos sociales en el debate democrático*, etc., pp. 70 ss. Para una amplia muestra de casos jurisprudenciales que reflejan esta tendencia en el derecho comparado, *vid.*, de los mismos autores, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, etc., pp. 168 ss.

64. Así, por ejemplo, en el caso *Khosa et al. v. Minister of Social Development*, de 2004, la Corte constitucional sudafricana consideró que las previsiones de Ley sobre Asistencia Social n.º 59, de 1992, que excluían a los residentes permanentes en situación de pobreza del acceso a ayudas sociales, constituían una vulneración tanto del derecho a la igualdad (art. 9) como del derecho a la asistencia social (art. 27.1.c). En consecuencia, extendió a los residentes permanentes el derecho a requerir dichas prestaciones.

65. En el caso *Goddberg v. Kelly*, de 1970, por ejemplo, el Tribunal supremo de los Estados Unidos determinó que la cláusula del debido proceso prevista en la cuarta enmienda de la Constitución obligaba a conceder a los beneficiarios de un servicio social una audiencia probatoria antes de que las autoridades de bienestar social dispusieran el cese

3) Otros derechos civiles: por ejemplo, cuando la vulneración del derecho a la salud comporta una violación del derecho a la vida<sup>66</sup>; cuando la vulneración del derecho a la educación encierra una violación del derecho a la libertad ideológica o de expresión; cuando la vulneración de los derechos habitacionales encierra una violación del derecho a la privacidad, a la vida privada y familiar o a la inviolabilidad de domicilio<sup>67</sup>; cuando la afectación de derechos a la seguridad social o a la tierra comporta una violación del derecho a la propiedad<sup>68</sup>; cuando la vulneración del derecho a la educación puede atentar contra el derecho de autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, etcétera.

4) Otros derechos sociales justiciables: por ejemplo, cuando violaciones del derecho a la salud, a la vivienda, al agua o a la alimentación son, al mismo tiempo, vulneraciones de derechos de los usuarios y consumidores, o cuando la afectación de la salud en el ámbito laboral comporta también vulneraciones a otros derechos de los trabajadores, etcétera.

5) El derecho a la información: por ejemplo, la falta de información por parte del propietario sobre la realización de obras en una finca puede constituir una vulneración del derecho a la vivienda o del derecho al medio ambiente; la falta de información del empleador sobre el plan de reestructuración de una empresa puede constituir una vulneración de los derechos de los trabajadores; la falta de información sobre el aumento de tarifas en un determinado servicio público puede constituir vulneración de los derechos de consumidores y usuarios, etcétera<sup>69</sup>.

de las prestaciones. Así, aunque la asistencia social no esté protegida de manera explícita en la Constitución, el Tribunal la consideró como un valor esencial de la misma. De manera similar, en los casos *Feldbrugge v. Países Bajos*, de 1986, y *Deumelandt v. Alemania*, del mismo año, el Tribunal europeo de derechos humanos entendió que el derecho a un seguro médico y a una pensión complementaria, respectivamente, habían sido violados porque a los demandantes no se les había garantizado el derecho a un proceso equitativo.

66. En el caso *Shanti Star Buildings v. Naryan Khmudal Yotame & al.*, de 1990, por ejemplo, el Tribunal supremo de la India consideró que el derecho a la vida recogido en el artículo 21 de la Constitución incluía el derecho a la alimentación, al vestido, a un ambiente decente y a un alojamiento razonable en donde vivir.

67. En el caso *R. (Bernard) v. Enfield L.B.C.*, de 2002, el Tribunal superior de Inglaterra y Gales consideró que el gobierno había vulnerado el derecho a la vida privada y familiar previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al no proporcionar en dos años alojamiento adecuado a una familia cuya madre padecía de una discapacidad grave y estaba confinada a una silla de ruedas.

68. En el caso *Comunidad Maryana (Sumo) Awas Tingi c. Nicaragua*, de 2001, referido al derecho a la tierra de los pueblos indígenas, la Comisión Interamericana reconoció que el estado nicaraguense había vulnerado, entre otros derechos, el derecho a la propiedad privada (art. 21) y a la tutela judicial efectiva (art. 25) consagrados en la Convención Americana.

69. En el caso *Youssefian c. Estado Nacional-Secretaría de Telecomunicaciones*, de 1997, un tribunal argentino de lo contencioso-administrativo ordenó al estado central que

El balance de estas experiencias, en todo caso, es contradictorio<sup>70</sup>. En las últimas décadas han tenido lugar casos relevantes en los que las vías jurisdiccionales han contribuido a reactivar programas alimentarios, a acelerar programas de provisión de medicamentos, a prevenir o, al menos, a compensar desalojos forzados, a modificar leyes en materia de trabajo infantil o a proteger a poblaciones indígenas frente a procesos de excavación de minas y deforestación. Sin embargo, un número igual o mayor de casos presentados no han tenido impacto alguno: los desalojos han continuado; las medidas regresivas se han abierto paso; no se ha impedido la contaminación del agua; no se han pagado las compensaciones debidas, etcétera.

Que los tribunales, en definitiva, puedan ser instrumentos valiosos para tutelar los derechos sociales básicos de las personas no quiere decir que vayan a hacerlo, ni que existan razones históricas de peso para pensar que esto pueda ocurrir. Más que como un instrumento de control del poder, los tribunales, sobre todo los superiores o constitucionales, han tendido antes a acompañar y dar cobertura a las actuaciones del poder político y económico que a ponerlas en cuestión<sup>71</sup>. De ahí que, pese al extendido discurso en torno a su papel como garantes de la normatividad constitucional, su desempeño en tiempos de crisis y restricción legislativa de los derechos sociales pueda considerarse más bien limitado<sup>72</sup>.

antes de decidir la prórroga del período de exclusividad de las concesiones de servicio básico telefónico nacional e internacional, se posibilitara la participación de los usuarios y de las asociaciones que los representan, permitiéndoles un adecuado conocimiento de los hechos y, en su caso, el ofrecimiento y producción de prueba que estimaran pertinente. Cit. por V. Abramovich y C. Courts, *Los derechos sociales en el debate democrático...*, cit., p. 100.

70. M. Langford y Bret Thiele, «Introduction: The Road to a Remedy», en *The Road to a Remedy*, cit., p. 5.

71. El ejemplo clásico en este sentido es el del Tribunal supremo de los Estados Unidos conocido como *Tribunal Lochner*. Durante las primeras décadas del siglo XX, este tribunal bloqueó de manera persistente las propuestas de reforma social legislativa que intentaban ponerse en marcha. Como reacción a este activismo conservador, precisamente E. Lambert escribió en 1921 su ensayo *Le Gouvernement des Juges et la Lutte Contre la Legislation Sociale aux Etats-Unis. L'expérience Américaine du Contrôle Judiciaire de la Constitutionnalité des lois*. La evolución del constitucionalismo moderno no ha erradicado ese riesgo. Así, mientras que no ha existido ningún *Tribunal Lochner* «al revés», esto es, ningún tribunal constitucional que haya intentado detener los más que frecuentes recortes legislativos en materia de derechos sociales, el fantasma del «gobierno (conservador) de los jueces» ha resucitado a propósito de casos como el del propio Tribunal de Justicia Europeo, cuyo papel en la consolidación de una «Construcción económica europea» de signo liberal resulta difícil de negar.

72. *Vid.*, a propósito de algunas de estas cuestiones, M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, cit., pp. 6 ss.; C. de Cabo, *Teoría constitucional de la solidaridad*, cit., pp. 11 ss.

Lo cierto, en todo caso, es que aunque las estrategias jurisdiccionales no puedan concebirse como la única, y ni siquiera como la principal vía de realización de los derechos sociales, la experiencia comparada demuestra cómo la oposición política a las mismas tampoco ha conducido a una mayor participación ciudadana ni a la democratización de las relaciones políticas y económicas. Por el contrario, en la mayoría de los casos ha operado como una coartada, bien para reforzar, en nombre del «principio representativo», la impunidad de actuaciones políticas de signo restrictivo o arbitrario, bien para mantener inalterada la asimetría tendencia de los tribunales actuales a proteger los derechos patrimoniales sobre los políticos y sociales.

Después de todo, más allá de su efectividad, los espacios jurisdiccionales y el derecho a la tutela judicial efectiva pueden verse no sólo como instrumentos para la satisfacción concreta de un derecho o para la compensación de vulneraciones individuales o colectivas. También pueden, en un esquema de luchas sociales más amplias, concebirse como espacios de participación y de disputa política en los que incluso los grupos más vulnerables consigan, llegado el caso, hacer valer argumentos que en los canales representativos, sólo fiscalizables directamente de manera periódica, permanecen blindados<sup>73</sup>.

73. B. Porter «The Crisis of Economic, Social and Cultural Rights and Strategies to Address It», en *The Road to a Remedy...*, cit. pp. 43 ss. Asimismo, R. Uprimny, «Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía», cit., pp. 196 ss.

## LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS GARANTÍAS: POR UNA RECONSTRUCCIÓN DEMOCRÁTICA, PARTICIPATIVA Y MULTINIVEL

La crítica de la percepción histórica, axiológica, teórica y dogmática dominante en materia de derechos sociales ofrece, como se ha intentado explicar en los capítulos precedentes, algunas premisas para la reconstrucción de sus garantías, entendidas como los mecanismos o técnicas predispuestos para su protección. Esta reconstrucción podría plantearse a partir de los siguientes elementos<sup>1</sup>:

a) En primer lugar, debería tratarse de una reconstrucción *unitaria*, es decir, debería partir de la *interdependencia e indivisibilidad* de todos los derechos civiles, políticos y sociales, tanto en términos axiológicos como estructurales. Asimismo, y más allá de los conflictos eventuales que pudieran suscitarse entre estos derechos, habría que asumir la tensión de fondo existente entre su generalización, por un lado, y la ampliación de los derechos patrimoniales y de representación institucional, por otro, concebidos como derechos tendencialmente absolutos e ilimitados. Desde esta perspectiva, la garantía de la fundamentalidad de un derecho civil, político o social aparecería estrechamente ligada a la desmercantilización y a la desburocratización de las relaciones económicas y políticas.

La asunción del carácter poliédrico de los derechos fundamentales permitiría asumirlos, igualmente, como derechos a la vez positivos y negativos, en parte prestacionales y en parte no prestacionales, costosos y no costosos, determinados e indeterminados, con un contenido exigi-

1. Algunas conclusiones similares a las que aquí se ofrecen, en X. Philippe, «Les leçons d'études comparées sur les droits économiques et sociaux en France, Afrique du sud et dans l'Union Européenne», en J. Y. Chérot y T. Van Reenen, *Les droits sociaux fondamentaux*, cit., pp. 315 ss.



ble *ex constitutione* y con un contenido de configuración legal, con una dimensión objetiva y con una dimensión subjetiva, con una estructura de mandatos y principios rectores y con una estructura de derechos justiciables. Esa caracterización, por su parte, haría posible plantear, bien el perfeccionamiento conjunto de sus garantías, bien el reconocimiento de la equivalencia potencial en sus mecanismos de protección.

b) En segundo término, debería tratarse de una reconstrucción *compleja* de las garantías de los derechos, tanto por lo que respecta a los  *sujetos* encargados de protegerlos cuanto en lo relativo a las *escalas* en las que dicha tutela puede tener lugar.

Una percepción de este tipo contribuiría, ante todo, a escapar a la tentación de reducir la cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales a la de su justiciabilidad. De lo que se trataría, por el contrario, es de señalar la existencia de múltiples órganos e instituciones que pueden y deben intervenir en su protección, con prioridad incluso sobre aquellos de tipo jurisdiccional: desde los órganos legislativos y administrativos hasta las diversas variantes de órganos externos de control, como las defensorías del pueblo o los tribunales de cuentas.

Paradójicamente, esta perspectiva más compleja de la exigibilidad de los derechos sociales posibilitaría presentar de manera *menos escéptica* la cuestión de la tutela jurisdiccional de los mismos. Una vez asumido, precisamente, que las vías jurisdiccionales no pueden ser ni la única ni la principal vía de satisfacción de los derechos sociales, sería posible mostrar de manera coherente que son, sin embargo, vías posibles y convenientes de protección, y que todos los derechos, de manera potencialmente equivalente, presentan facetas que pueden ser objeto de exigibilidad, control y reparación por parte de tribunales independientes.

La defensa del carácter *multi-institucional* de la tutela de los derechos sociales debería conducir, asimismo, a la defensa de un sistema *multinivel* de garantías, basado en el principio de que, en las condiciones actuales, resulta imposible, además de indeseable, pretender asegurar los derechos sociales en una única escala de tipo estatal. Así, tanto por razones democráticas como de eficacia, cabría articular un sistema de protección en diversas escalas, *infra* y *supra*-estatales, que comprendiera desde los diversos ámbitos municipales, sub-estatales y estatales, hasta el plano regional e internacional.

c) Finalmente, una reconstrucción democrática de las garantías de los derechos sociales debería ser *más participativa* y *menos institucionalista*. O dicho de otro modo: tendría que descansar en el principio de que, más allá de las diferentes mediaciones jurídico-institucionales que puedan establecerse, las garantías de cierre en materia de derechos sólo pueden ser garantías sociales, es decir, formas de tutela que involucren

a los propios titulares de los derechos en la defensa y conquista de los mismos<sup>2</sup>.

Una mirada más participativa serviría para relativizar las estrategias fundadas en la «ilusión del buen poder», sea éste político o jurisdiccional, y pondría un acento más realista en la necesidad de crear espacios en los que los destinatarios de los derechos, comenzando por los grupos más vulnerables, puedan hacer oír su voz en la construcción de su contenido.

Esta reconstrucción unitaria, compleja y participativa de las garantías de los derechos podría partir, en todo caso, de las siguientes distinciones conceptuales<sup>3</sup>:

a) En primer lugar, y desde el punto de vista de los *sujetos* a los que se encomienda la tutela principal de los derechos, podría distinguirse entre *garantías institucionales* y *extra-institucionales*. Las garantías institucionales serían aquellos mecanismos de protección de los derechos encomendados a las instituciones o poderes públicos. Las garantías extra-institucionales, o garantías sociales, serían aquellas en las que el resguardo de los derechos se coloca, ante todo, en cabeza de sus propios titulares.

Dentro de las garantías institucionales, cabría distinguir entre *garantías políticas*, es decir, entre aquellos instrumentos de tutela encomendados a órganos legislativos y ejecutivos; *garantías semi-políticas*, confiadas a órganos externos y en cierto modo independientes de los órganos legislativos y ejecutivos, pero con funciones básicamente de control político; *garantías jurisdiccionales*, confiadas a tribunales independientes de los órganos políticos que pueden recibir denuncias de vulneraciones y cuentan con alguna capacidad de sanción para imponer sus decisiones; y *garantías semi-jurisdiccionales*, encomendadas a órganos que actúan como si fueran tribunales, que pueden, en ocasiones, recibir denuncias o tramitar recursos, pero no poseen facultades de sanción jurídica en sentido estricto.

2. Sobre esta noción de «garantía social» de los derechos, ya contenida en el artículo 23 de la Declaración de Derechos que precedía a la Constitución jacobina de 1793. Vid. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 2006, p. 94.

3. Estas distinciones y, en general, la perspectiva mantenida en este capítulo, es una reconstrucción de lineamientos similares propuestos en L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 39-72; «Garantías: jueces para la democracia (Madrid) 38 (2000), pp. 39-46; G. Pisarello, «El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia», en M. J. Anón, V. Abramovich y C. Courtis (eds.), *Derechos sociales: instituciones de uso*, op. cit., pp. 23-53; G. Pisarello, *Vivenda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, cit., pp. 137-262, y, recientemente, V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales en el debate democrático*, cit., pp. 55-71.

b) En segundo término, y por lo que respecta al *alcance* de los mecanismos de tutela, podría distinguirse entre garantías primarias y garantías secundarias. Las *garantías primarias* serían aquellas que establecen o delimitan el contenido de los derechos, al tiempo que imponen una serie de obligaciones dirigidas tanto a otros poderes públicos como a actores particulares. Las *garantías secundarias*, por su parte, serían aquellas técnicas de tutela consistentes en la previsión de controles y de vías de reparación en caso de ausencia o de insuficiencia de las garantías primarias. Si bien no existe, como se verá, una coincidencia absoluta entre ambas clasificaciones, podría decirse que las garantías primarias son, ante todo, garantías a cargo de órganos políticos, mientras que las secundarias son, normalmente, garantías de tipo jurisdiccional.

c) En tercer término, y de acuerdo a las *escalas* en las que actúen estos mecanismos de tutela, podría distinguirse entre *garantías estatales*, es decir, las que definen órganos, contenidos, obligaciones y mecanismos de control y reparación en el ámbito de los estados centrales; *garantías infraestatales*, esto es, las que los prevén en el ámbito municipal o sub-estatal (cantones, *Länder*, provincias, estados federados o de libre asociación, etc.); y *garantías supraestatales*, esto es, las que establecen órganos, contenidos, obligaciones y mecanismos de tutela en ámbitos regionales e internacionales.

#### 6.1. La función de los poderes públicos en la garantía de los derechos sociales

Una primera exigencia de reconstrucción democrática de las garantías de los derechos sociales consiste en repensar el papel que cabe encomendar al Estado, o si se prefiere, a los poderes estatales. El punto de partida no es neutro. A diferencia de lo ocurrido durante el «largo siglo» de expansión y estabilización del reconocimiento de los derechos sociales, las intervenciones estatales, legislativas y jurisdiccionales, han pasado de ser instrumentos de reforma y de garantía más o menos amplia de los derechos civiles, políticos y sociales, a convertirse, progresivamente, en instrumentos de contrarreforma y de restricción de los mismos.

De lo que se trataría, por tanto, es de pensar cómo puede reformularse el papel del Estado en la tutela de los derechos civiles, políticos y sociales, de manera que éste no sólo resulte una amenaza sino una herramienta que propicie esa tarea de protección. Si se asume la tradición de fondo que hay en esta pretensión —encomendar la tutela de las necesidades básicas de las personas a quien está en la posición más propicia para vulnerarlos— lo que se impone es una respuesta es-

céptica: el único poder idóneo para proteger los derechos, y con ello, la libertad de las personas y de los grupos en los que éstas actúan, sería un poder que negara, en cierto modo, su intrínseca tendencia a la dominación y a la arbitrariedad, esto es, un poder constantemente limitado y disciplinado en términos democráticos.

#### 6.1.1. La función de las garantías políticas

En un primer nivel, esta tarea de domesticación y democratización del poder afecta, ante todo, a la reconstrucción de las garantías políticas de los derechos, es decir, a aquellos mecanismos de tutela encomendados a órganos estatales de tipo legislativo y ejecutivo. Estas garantías son, al mismo tiempo, garantías primarias de los derechos, puesto que tienen por objeto especificar su contenido, las obligaciones que generan y los sujetos a los que obligan.

En los ordenamientos actuales, como se ha visto, la garantía política por excelencia de los derechos es la *garantía constitucional*, esto es, los mecanismos de tutela previstos en las constituciones por el legislador constituyente. Existe una garantía constitucional extraordinaria, genérica, que es la propia rigidez constitucional, esto es, la previsión de mecanismos que dificulten las posibilidades de reforma ordinaria de la Constitución, incluidas sus previsiones en materia de derechos. Aquí, la garantía estipulada puede ir desde la intangibilidad absoluta de los derechos hasta formas menos rígidas de indisponibilidad para los poderes constituidos ordinarios.

Si las cláusulas con protección calificada son las que consagran derechos patrimoniales y principios de mercado, la rigidez corre el riesgo de convertirse en un lastre para «las generaciones vivas» y en un obstáculo para llevar adelante las transformaciones políticas y económicas que la generalización de los derechos sociales exigirá<sup>4</sup>. Si, por el contrario, las cláusulas cuya reforma se dificulta son las que contemplan derechos civiles, políticos y sociales, una cierta rigidez podría ser un elemento de impugnación de los retrocesos arbitrarios y un reaseguro para la supervivencia en el tiempo de los propios procedimientos democráticos.

Junto a estas *garantías constitucionales procedimentales*, genéricas, existen en todo caso *garantías constitucionales sustanciales*, específicas, que consisten en la adscripción de un contenido concreto a los derechos consagrados en la Constitución, en la estipulación de los poderes cons-

4. Para un análisis teórico crítico de la función de la rigidez y de la reforma constitucionales, *vid.* C. de Cabo, *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 9 ss.

tinuidos encargados de observarlos y en la indicación de las obligaciones y deberes que los vinculan.

El reconocimiento constitucional de los derechos representa, así, el momento idóneo para superar los estatutos dogmáticos diferenciados entre ellos y reconocer, entre otras cuestiones, su similar vinculación a principios axiológicos como la libertad, la igualdad, el pluralismo o la solidaridad; su caracterización, al mismo tiempo, como derechos negativos, de defensa, y como derechos positivos, de prestación; su configuración como derechos con un contenido esencial lo suficientemente preciso como para determinar los deberes que imponen sobre los poderes públicos y sobre los particulares, y lo suficientemente amplio como para que su concreción admita interpretaciones políticas y sociales plurales; su valor jurídico como mandatos o principios dirigidos al legislador, pero también, al mismo tiempo, como derechos subjetivos, susceptibles de ser reclamados ante tribunales independientes.

Asimismo, la constitucionalización es la instancia en la que suele designarse el tipo de poder estatal al que se encomendará la protección de los derechos. Así, de acuerdo a su carácter más o menos democrático, las constituciones pueden organizar el poder estatal bajo formas más o menos basadas en los principios de difusión, representatividad, pluralidad y publicidad del poder político<sup>5</sup>. Mientras más se ajusten los poderes políticos a estos principios, más justificada estará su centralidad, tanto a la hora de completar el alcance de los derechos civiles, políticos y sociales, como a la de imponer límites y controles a la actuación de los particulares.

Una de las primeras garantías constitucionales de los derechos, desde este punto de vista, suele consistir en encomendar su protección a órganos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales diferentes, que puedan limitarse y controlarse entre sí. Este sistema de contrapesos, además, acostumbra incluir la presencia de instancias específicas de control: des- las defensorías del pueblo o los tribunales de cuentas hasta algún sistema de control jurisdiccional difuso o concentrado de constitucionalidad.

Normalmente, una de las características más salientes de los ordenamientos que asumen el principio democrático representativo consiste en otorgar primacía en la tutela de los derechos a los órganos políticos

5. La propia revocabilidad del poder político es una garantía prevista en diferentes ordenamientos. El artículo 6 de la Constitución venezolana de 1999, por ejemplo, establece que «el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables». El artículo 72, por su parte, estipula que «todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables».

legislativos sobre los ejecutivos. Esta relación de primacía suele manifestarse a través de dos vías.

Por un lado, mediante la atribución a los órganos legislativos de la posibilidad de impulsar medidas de control ordinarias y extraordinarias sobre los órganos ejecutivos. Las medidas de control ordinarias pueden consistir en preguntas, interpelaciones, comisiones de investigación u otras medidas de presión dirigidas, por ejemplo, a determinar el uso que se ha hecho de los recursos públicos o el sentido dado a las políticas sociales puestas en marcha. Las medidas de control extraordinario, en cambio, tienden a incidir en la permanencia o no del ejecutivo de turno. Pueden consistir en mociones de censura, en los regímenes parlamentarios, o en juicios políticos, en los presidencialistas, y pueden tener como objetivo, precisamente, fiscalizar actuaciones que puedan afectar negativamente a la vigencia de los derechos civiles, políticos y sociales: casos de corrupción, convivencia con poderes privados, desvío de fondos, etcétera.

Por otra parte, mediante el reconocimiento a los órganos legislativos de primacía en el desarrollo y, con ello, en la concreción, de los derechos constitucionalmente establecidos. De esa manera, después del reconocimiento constitucional, las *garantías legales* de los derechos civiles, políticos y sociales pasan a convertirse en las *garantías políticas*, *primarias*, por excelencia.

Como se ha apuntado antes, la garantía legal de los derechos aparece vinculada, en muchos ordenamientos, a la noción de reserva de ley, esto es, no ya a la posibilidad, sino a la obligación de que sean las asambleas legislativas, en condiciones adecuadas de publicidad y de confrontación plural de puntos de vista, quienes establezcan el régimen general dentro del cual podrá ejercerse el poder reglamentario del poder ejecutivo<sup>6</sup>.

El respeto de esta *garantía legal formal*, de procedimiento, está estrechamente ligado a la posibilidad de desarrollo de otras *garantías legales materiales*, de contenido, vinculadas a la tutela de todos los derechos fundamentales. Así, el contenido mínimo o esencial de los derechos estipulados en sede constitucional comporta para los órganos institucionales una serie de obligaciones que no pueden desconocer: desde la obligación de no regresividad arbitraria y el correlativo deber de progresividad, hasta la prohibición de discriminación en razón del sexo, el color, el idioma, la religión, la opinión, la posición económica, el origen nacional o cualquier otra condición social.

6. Vid., entre otros, F. Rubio Llorente, «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de ley en la Constitución)» y «Principio de legalidad», en *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 319-332 y 333-367; A. Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, etc., pp. 195 ss.

El principio de la reserva de ley puede emparentarse también con la reconstrucción, no sólo formal sino también material, de los principios de generalidad y universalidad de la ley<sup>7</sup>. Estos principios exigen, respectivamente, que el desarrollo legal de los derechos no esté dirigido, de manera arbitraria, a sujetos particulares o determinados, y que su titularidad no excluya, de manera injustificada, a determinadas clases o grupos de personas.

Aplicado a la tutela de los derechos sociales, este principio tendría por objeto evitar la multiplicación de políticas y programas sociales focalizados, discrecionales y expuestos a prácticas clientelistas, cuando no a la corrupción y a la vulneración del principio de legalidad. La expansión del contenido de derechos universales clásicos como el derecho a la salud o a la educación, así como el impulso de otros nuevos como el derecho a un ingreso incondicional o renta básica o a un mínimo de agua potable serían, como se ha apuntado en capítulos anteriores, pasos en esta dirección.

En todo caso, como también se ha dicho, la introducción de *garantías legislativas generales* y universales, que eviten la discriminación y la exclusión arbitrarias, no excluiría la posibilidad de introducir *garantías legislativas diferenciadas*, que atiendan a las necesidades específicas de determinados grupos y clases de personas y que establezcan, al mismo tiempo, cargas diferentes para los particulares de manera proporcional a su tamaño, recursos e influencia<sup>8</sup>.

Una reconstrucción democrática de las garantías legales podría exigir, en efecto, la previsión de reglas de interpretación o de protección a favor de quienes ocupan una posición de sujeción y dependencia, y por tanto de vulnerabilidad, frente a quienes detentan cualquier tipo de poder, sea público o privado.

Así, serían garantías diferenciadas a favor de los *más débiles (favor debilis)* las leyes agrarias que aseguran los derechos de los campesinos frente al poder de los propietarios de la tierra; o las leyes laborales que resguardan los derechos de los trabajadores frente al poder de los

7. Vid., al respecto, C. de Cabo, *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 73 ss.; L. Ferrajoli, «Estado social y Estado de Derecho», en V. Abramovich, M. J. Añón y C. Courtis, (eds.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, cit., pp. 14 ss.

8. Una de las justificaciones que permite levantar la «sospecha» que pesa sobre una medida que asigna derechos de acuerdo, por ejemplo, al sexo, el origen étnico o la discapacidad física o mental del destinatario es, precisamente, que con ella se intenta razonablemente compensar a estos grupos por daños y perjuicios arraigados contra ellos, persiguiendo, de ese modo, la igualdad sustancial o material. Vid. K. Pérez Portilla, *Principio de igualdad: alcance y perspectivas*, cit., pp. 137 ss.; J. García Antón, «Derechos sociales e igualdad...», cit., pp. 83 ss.

empleadores; o las leyes civiles que protegen los derechos de los inquilinos frente al poder de los propietarios de vivienda, de los promotores urbanísticos o de las inmobiliarias; o las que tutelan los derechos de los consumidores y usuarios frente a los proveedores privados o públicos de servicios educativos, sanitarios, de transporte, de agua potable; o las que protegen los derechos de las mujeres en aquellos contextos laborales, familiares o políticos que las sitúan en relaciones desiguales de poder con los hombres.

Muchas veces, estas garantías legislativas diferenciadas, que parten de la desigualdad fáctica para arribar a la igualdad real, pueden asumir la forma de medidas de *acción positiva*, tales como becas, subsidios e incluso cuotas o cupos que permitan a ciertos grupos sub-representados o históricamente postergados acceder de manera preferente a bienes como el empleo, la representación política o las políticas habitacionales o sanitarias.

Para ser, en todo caso, un instrumento de igualación real de las oportunidades, y con ello de la libertad de las personas, estas intervenciones legislativas dirigidas a tutelar los derechos de los sujetos *más débiles* deberían venir acompañadas de intervenciones que aseguren deberes a los sujetos *más fuertes*, comenzando por los que ocupan mayores posiciones de poder dentro del mercado.

Estos deberes, como se ha visto ya, pueden traducirse en la prohibición de la acumulación privada de ciertos recursos de uso común, en la introducción de obligaciones laborales, comerciales, ecológicas o fiscales basadas en principios como los de progresividad y equidad, o en la sanción de usos anti-sociales de la propiedad.

Naturalmente, las garantías primarias, tanto si se trata de normas constitucionales como de leyes o reglamentos, sirven para dotar de contenido a los derechos sociales y para establecer una serie de obligaciones positivas y negativas que otros poderes públicos, o los propios particulares, tienen que observar en su resguardo. Sin embargo, la ausencia, la configuración defectuosa, la implicación o la aplicación arbitraria de estas normas puede dar lugar a situaciones en las que la eficacia de los derechos sociales se vea reducida de manera significativa. De ahí que la mayoría de ordenamientos plantee, junto a estas garantías primarias, *garantías secundarias* cuyo efecto es controlar, y en su caso reparar, vulneraciones cometidas contra aquéllas.

Una primera garantía de tipo secundario, cuyo papel en la tutela ordinaria de los derechos sociales puede ser central, es el propio poder de policía administrativo; esto es, la existencia de órganos administrativos que puedan supervisar el cumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias en materia de derechos. Así, por ejemplo, cuando los órganos

de inspección tributaria detectan fraudes y evasiones impositivas importantes; cuando velan por la seguridad e higiene en el trabajo; cuando controlan la calidad de ciertos servicios y prestaciones en ámbitos como el sanitario o el educacional; cuando supervisan la observancia de estándares mínimos en los contratos de arrendamientos; cuando sancionan a empresas privadas por actividades contaminantes; participan de manera decisiva en la tutela de derechos sociales.

Junto a estas *garantías administrativas secundarias*, muchos ordenamientos contemplan también la existencia de *garantías secundarias a cargo de órganos de control externos* elegidos por los propios órganos legislativos y ejecutivos, aunque mediante mayorías especiales, o con un estatuto específico de independencia.

Este sería el caso, por ejemplo, de las defensorías del pueblo, los tribunales de cuentas y otros mecanismos especializados de fiscalización como las denominadas fiscalías anti-corrupción. Normalmente, estos órganos desempeñan funciones típicas de control político, como la emisión de informes y recomendaciones en los que se otorga «visibilidad» a diferentes formas de vulneración de los derechos civiles, políticos y sociales. Asimismo, y dependiendo del ordenamiento, pueden presentar recursos judiciales en caso de que no hubiera otra alternativa.

Las defensorías del pueblo, por ejemplo, pueden tener un papel importante a la hora de denunciar la violación de los derechos de colectivos que no se encuentran debidamente representados en otros espacios institucionales, como las personas migrantes, los trabajadores informales, las minorías sexuales o las personas con discapacidad. Los tribunales de cuentas, por su parte, pueden desempeñar una función igualmente relevante en la fiscalización del empleo de fondos destinados a satisfacer derechos sociales y en la detección de casos de corrupción y desvíos.

#### 6.1.2. La función de las garantías jurisdiccionales

Junto a estas garantías estatales encomendadas a órganos de tipo legislativo, administrativo, y en su caso a órganos de control externo, la mayoría de ordenamientos contempla, como se ha visto ya, garantías secundarias de tipo jurisdiccional. Estas garantías consisten en que un tribunal más o menos independiente pueda ejercer algún tipo de control y, en su caso, imponer medidas de reparación, en ausencia o ante el incumplimiento de una garantía primaria o secundaria, pero de carácter político.

Normalmente, las garantías jurisdiccionales pueden asumir la forma de *garantías ordinarias o especiales*. Las primeras se encuentran a tribunales repartidos en diferentes órdenes (civiles, penales, laborales, contencioso-administrativos) con capacidad para prevenir, controlar o

sancionar vulneraciones de derechos provenientes de órganos administrativos o de particulares. Las *garantías jurisdiccionales especiales*, en cambio, suelen encomendarse a tribunales superiores o específicamente constitucionales y su objetivo, básicamente, es establecer mecanismos de control y reparación en aquellos casos en los que las garantías jurisdiccionales ordinarias han resultado insuficientes o en los que la vulneración de los derechos puede atribuirse a actuaciones u omisiones del propio legislador.

Desde una perspectiva democrática, el papel de las jurisdicciones ordinarias es, como se ha apuntado ya, menos discutido que el de las jurisdicciones constitucionales, puesto que su tarea fundamental es asegurar el cumplimiento no sólo de derechos y deberes contemplados en constituciones y tratados internacionales, sino también de las propias leyes elaboradas por los órganos representativos<sup>9</sup>. Las medidas cautelares, las acciones declarativas de certeza, los mandamientos de cumplimiento o las órdenes de reparación por daños y perjuicios son sólo algunas de las herramientas procesales a través de las cuales los tribunales ordinarios han tutelado derechos laborales, habitacionales, sanitarios, educativos, tanto frente a la administración como frente a actores particulares.

A diferencia de lo que ocurre con las garantías jurisdiccionales ordinarias, el papel de las garantías jurisdiccionales especiales o constitucionales ha sido objeto de críticas mayores, tanto por la falta de legitimidad democrática directa de los tribunales constitucionales en relación con los órganos legislativos, como por la supuesta falta de idoneidad técnica de los órganos jurisdiccionales para lidiar con cuestiones económicas. A estas objeciones se suma el hecho de que, históricamente, los tribunales constitucionales han tendido a desempeñar un papel más bien conservador a la hora de tutelar los derechos sociales, y han actuado más bien como calificados defensores de los derechos patrimoniales y de las libertades de mercado.

A pesar del indudable peso de estas objeciones, ninguna de ellas resulta, sin embargo, insuperable. Sin perjuicio de su función primordialmente conservadora, los tribunales han demostrado, sobre todo cuando los derechos sociales se encuentran reconocidos en la Constitución o en tratados internacionales, ser instancias idóneas para proteger a minorías vulnerables y otros grupos sub-representados en los espacios representativos tradicionales. No han faltado, de hecho, casos en que los tribunales han permitido conjurar, al menos en parte, la tendencia de los órganos representativos a dejarse arrastrar por lógicas partidistas o

9. *Vid. infra* apartado 5.3.

tecnocráticas. Así, los han obligado a justificar ante la opinión pública, con toda la carga deslegitimatoria que ello puede entrañar, cuáles son sus prioridades en la asignación de recursos públicos y por qué incurren en actuaciones u omisiones que, *prima facie*, pueden considerarse vulneraciones de derechos fundamentales.

Este tipo de actuaciones es perfectamente justificable desde una perspectiva democrática que exija a los tribunales inhibirse y comprometerse activamente, al mismo tiempo, en la protección de aquellos derechos civiles, políticos y sociales que permiten reforzar las bases materiales de la autonomía personal y la capacidad de participar en los asuntos públicos. No se trataría, por tanto, de justificar cualquier tipo de intervención jurisdiccional en la esfera política y social y en la actuación de otros órganos. Lo que se exigiría a los tribunales, más bien, es que sean capaces, por un lado, de *retirarse* y de actuar con *deferencia* frente a aquellas actuaciones o abstenciones legislativas que amplían el ámbito de vigencia de los derechos civiles, políticos y sociales, y, por otro, de *involucrarse* y de ser *activos* frente a aquellas que, por el contrario, restringen de manera ilegítima su alcance normativo.

## 6.2. La función de la participación social en la garantía de los derechos sociales

Sin perjuicio del importante papel que un poder estatal difuso, disciplinado en términos garantistas y controlado desde un punto de vista democrático podría desempeñar en la tutela de los derechos, es una lección de los últimos siglos que ninguna estrategia de protección de los mismos puede, en términos realistas, asentarse en la ilusión politicista o jurídicista que todo lo confía a asambleas, ejecutivos o tribunales «virtuosos» y propensos, sin más, a la autolimitación<sup>10</sup>.

No hay derechos sin deberes, pero tampoco hay sujetos obligados sin sujetos capaces de obligar. Así, aunque el papel de las garantías políticas y jurisdiccionales es esencial para dotar de eficacia a los derechos civiles, políticos y sociales, todo programa constitucional de garantías institucionales, por más exhaustivo que fuera, resultaría incompleto,

10. L. Ferrajoli, por ejemplo, advierte contra las falacias garantistas, para las que «bastan las razones de un derecho bueno, dotado de sistemas avanzados de garantías constitucionales, para contener al poder y poner a los derechos fundamentales a salvo de sus desviaciones», y las *falacias politicistas*, que, por contra, confían en la fuerza de un poder bueno para satisfacer las funciones de tutela asignadas al derecho (*Derecho y razón*, cit., pp. 940-941).

irrealista y, en última instancia, fútil sin la existencia de múltiples espacios de presión popular en condiciones de asegurarlos socialmente a través de los poderes estatales, pero también más allá del Estado y, llegado el caso, en su contra.

Las *garantías extrainstitucionales* o *sociales*, precisamente, son aquellos instrumentos de tutela o de defensa de los derechos que, sin perjuicio de las mediaciones institucionales que puedan instaurarse, dependen fundamentalmente de la actuación de sus propios titulares. Aunque, normalmente, consisten en el ejercicio de derechos civiles y de participación dirigidos a reclamar la satisfacción de aquellas necesidades e intereses básicos tutelados por los derechos, también pueden asumir, como se dirá, formas más intensas de autotutela.

Frente a la secular tendencia de las políticas sociales a configurarse como concesiones selectivas y discrecionalmente revocables, cuando no como instrumentos estigmatizadores y de orden público, la participación social constituye una herramienta vital tanto para conjurar la apropiación paternalista de los derechos y de las necesidades que les dan fundamento, como para evitar que las políticas públicas se resuelvan en actos de corrupción y de desviación de poder por parte de las autoridades públicas.

Dentro de las garantías sociales, podría distinguirse entre *garantías de participación indirecta* y *garantías sociales de acción directa* o *de autotutela*. Las *garantías sociales indirectas* son aquellos instrumentos o vías que permiten participar en la construcción institucional, política y jurisdiccional de las garantías de los derechos.

Una de las principales garantías sociales indirectas de los derechos es la posibilidad de elegir o de destituir a los órganos encargados de tutelarlos. Estas *garantías sociales de elección* pueden manifestarse en diferentes instancias: en relación a una asamblea constituyente, a una asamblea legislativa ordinaria, al poder ejecutivo y, eventualmente, incluso a órganos de tipo jurisdiccional.

En un sistema plural y democrático de partidos, el derecho de sufragio activo y pasivo, ejercido con garantías suficientes, puede ser un instrumento de apoyo a aquellas fuerzas políticas que favorecen la expansión de los derechos sociales o, si se prefiere, de rechazo a aquellas que amenazan su vigencia.

Sin embargo, en la medida en que las garantías sociales electivas son garantías delegativas, que se ejercen de manera periódica y desplazan a «otros» (los representantes) la tarea de protección de los derechos, resultan frágiles *garantías sociales de control* que permitan supervisar de manera permanente la actuación o la inacción de los poderes públicos.

El ejercicio desinhibido e incisivo del derecho de asociación, de información y de crítica frente a leyes, reglamentos o sentencias que puedan constituir, *prima facie*, vulneraciones de derechos fundamentales, puede, precisamente, considerarse un ejemplo de garantías sociales de control, imprescindibles tanto para mantener vivo el nervio democrático de la esfera pública, como para asegurar la eficacia del conjunto de los derechos, comenzando por los propios derechos sociales.

A estas garantías participativas consistentes en la elección y crítica de los órganos encargados de legislar y de aplicar los derechos se podrían agregar aquellas que permiten a sus titulares hacer sentir su voz en el proceso de construcción mismo del derecho, es decir, en el proceso de elaboración de la garantía constitucional, legal, administrativa o jurisdiccional de que se trate.

Así, por ejemplo, serían garantías de participación en el desarrollo del proceso constituyente y legislativo las iniciativas ciudadanas de reforma constitucional o de reforma legislativa dirigidas a incidir en el alcance de un derecho civil, político o social o de las obligaciones que éstos podrían implicar tanto para los poderes públicos como para otros actores privados. Éste sería el caso, por ejemplo, de las iniciativas legislativas populares referidas a cuestiones como el reparto del empleo y la reducción de la jornada laboral, la introducción de criterios de sostenibilidad ecológica en el circuito productivo y de consumo, el reconocimiento de derechos específicos para grupos sub-representados como las mujeres, las personas con discapacidades, etc. Asimismo, serían garantías de participación en el desarrollo del proceso legislativo y administrativo las audiencias públicas previas a la toma de decisiones o a la adopción de normas por parte de los parlamentos o de las administraciones, así como las diferentes formas de consulta, información e impugnación pública ciudadana de las propuestas de los órganos políticos.

Estos mecanismos participativos, de hecho, pueden llegar a tener especial relevancia cuando de lo que se trata es de incidir en la asignación de prioridades en materia de financiación de los derechos. El control ciudadano del gasto público, en efecto, puede ser un instrumento importante para la supervisión de la observancia por parte de los órganos políticos del contenido esencial de los derechos y de las obligaciones de no discriminación, no regresividad y progresividad, así como una herramienta de contención de la corrupción y de los desvíos de fondos públicos. El control del gasto en su fase ascendente, es decir, en la elaboración de los presupuestos, y descendente, esto es, en la ejecución de los mismos, puede desempeñar un papel capital sobre todo en el ámbito local, donde la distancia entre las necesidades sociales y los

órganos políticos es menor. Muchas ciudades, de hecho, han puesto en marcha mecanismos de formulación participativa del presupuesto en virtud de los cuales la propia población puede decidir el destino de una parte del gasto y supervisar la ejecución del mismo<sup>11</sup>.

Si en el ámbito de las actuaciones legales y administrativas la exigencia de información adecuada y de respeto al debido proceso, así como un ejercicio incisivo de las libertades de asociación o expresión, pueden ser piezas clave para una tutela extensiva de los derechos, su importancia no es menor en sede jurisdiccional. Después de todo, como se ha señalado ya, los espacios jurisdiccionales pueden concebirse como canales de crítica y disputa de actuaciones públicas y privadas vulneradoras de derechos civiles, políticos y sociales, sobre todo cuando las sedes políticas ordinarias se encuentran bloqueadas o no ofrecen respuestas adecuadas para las minorías vulnerables o para los grupos en situación de mayor urgencia<sup>12</sup>.

El derecho a la tutela judicial efectiva y sus diferentes componentes, desde la asistencia jurídica gratuita hasta el derecho a la información y a la igualdad de armas en los procesos, constituyen, en este sentido, elementos centrales para la reivindicación de otros derechos, tanto de tipo civil y político como social. Lo que ocurre es que los mecanismos procesales de protección de derechos, pensados a partir de la concepción patrimonialista de los mismos y de la teoría clásica del derecho subjetivo, suelen estar diseñados para resolver conflictos individuales, con todas las dificultades de legitimación activa que ello encierra cuando se trata de sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas<sup>13</sup>. De ahí la importancia que diferentes mecanismos procesales, desde los recursos de tutela y de amparo colectivos<sup>14</sup> hasta las acciones de clase, de interés público o la legitimación colectiva reconocida a grupos y asociaciones

11. Aunque los ejemplos más conocidos de presupuestos participativos son los de Porto Alegre, en Brasil, o Kerala, en la India, existen otras experiencias interesantes que demuestran el protagonismo que la propia ciudadanía puede tener en la garantía de los derechos sociales. *Vid.*, entre otras, el trabajo colectivo coordinado por E. Genuza Fernández y C. Álvarez de Sotomayor *Democracia y presupuestos participativos*, Icaria, Barcelona, 2003.

12. Sobre estas cuestiones, *vid.*, por ejemplo, A. Sarat y S. Scheingold, *Cause Litigation: Political Commitments and Professional Responsibilities*, Oxford University Press, New York, 1998.

13. *Vid.* J. R. de Lima Lopes, «Direito subjetivo e direitos sociais...», cit., pp. 124 ss.

14. El artículo 43 de la Constitución argentina reformada en 1994 contempla la posibilidad de que se interpongan recursos de amparo colectivos «contra cualquier forma de discriminación y en la relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general». La legitimidad activa se reconoce «al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines».

de consumidores y usuarios de servicios públicos, revisten a la hora de pensar las garantías sociales de participación jurisdiccional como garantías no sólo individuales sino, sobre todo, de acceso colectivo<sup>15</sup>.

Desde una perspectiva garantista, esta idea de participación social en la justicia no puede, en todo caso, limitarse al momento de *acceso* a la jurisdicción. Muchas decisiones jurisdiccionales favorables a la protección de derechos sociales pierden efectividad o son privadas de su sentido originario en la fase de *ejecución* de las sentencias. De ahí que, junto a las garantías de participación en el acceso a la justicia, deban establecerse garantías de participación en la ejecución y seguimiento de las sentencias. El derecho a ser informado, a asociarse y a ser oído durante esta fase adquiere así una función primordial en la satisfacción real del derecho en disputa, que no se agota con el dictado de un fallo<sup>16</sup>.

Ahora bien, junto a estas garantías sociales de participación indirecta en las instituciones es posible encontrar garantías de autotutela de los derechos, esto es, la utilización de vías de acción directa de defensa o reclamo de un derecho social. Algunas de estas vías de acción directa pueden consistir, por ejemplo, en la articulación de cooperativas de producción y consumo, de asociaciones mutuales o empresas de autogestión que permitan a las personas obtener por sí mismas los bienes y recursos que constituyen el objeto de los derechos sociales. Sin embargo, la consolidación de estos espacios de autogestión nunca suele producirse sin conflicto<sup>17</sup>. Desde este punto de vista, la historia de la expansión de los derechos sociales es, entre otras cuestiones, la conflictiva historia del empleo de vías de autotutela impuestas al margen de las leyes e incluso contra ellas, que posteriormente pueden llegar (o no) a adquirir reconocimiento institucional. A veces, en efecto, existen vías de autotutela prohibidas y sancionadas por el ordenamiento jurídico positivo que, tras diversas formas de presión, resultan legalizadas y reguladas, como es el caso de la libertad sindical o del derecho de huelga<sup>18</sup>. Otras veces, como ocurre con ciertas movilizaciones y protestas, los boicots de consumidores y usuarios o las ocupaciones de espacios públicos, las vías de autotutela, o bien carecen de un estatuto jurídico definido, o

15. Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, J. Ovalle Favela (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, UNAM, México, 2004; L. Bujosa Vádel, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Cedecs, Barcelona, 1995.

16. *Vid.* V. Abramovich y C. Courts, *Los derechos sociales en el debate democrático*, cit., pp. 79 ss.

17. *Vid.* supra apartado 2.4.

18. *Vid.* A. Baylos, *Derecho del trabajo. Un modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991. Sobre este carácter extra-estatal de las libertades sindicales, *vid.* del mismo autor, *Sindicalismo y derecho sindical*, Bomarzo, Madrid, 2004, pp. 5 ss.

sencillamente traducen un ejercicio más o menos convencional de derechos civiles y políticos básicos como la libertad de asociación, expresión, contratación e incluso de disposición del propio cuerpo.

Si bien éstas suelen ser vías bastantes difundidas de reclamo de derechos sociales, en situaciones de vulneración grave y sistemática de los mismos, en las que los mecanismos institucionales de protección resultan ineficaces, estas garantías de autotutela pueden asumir formas más radicales. Así, por ejemplo, situaciones extremas de exclusión o de emergencia social pueden conducir a la ocupación de fábricas abandonadas, de tierras improductivas o de viviendas vacías, así como a acciones de desobediencia civil e incluso de resistencia activa<sup>19</sup>. En muchos casos, esta vías de autotutela suelen lesionar intereses de terceros, como el derecho de propiedad, la libertad de empresa o la libertad de circulación. En la mayoría de supuestos, también, la respuesta jurídica suele ser la sanción penal, que acaba resultando un instrumento desproporcionado e inadecuado para abordar estos casos y una manera tácita de amparar otras conductas de particulares que suponen el ejercicio anti-social y abusivo de ciertos derechos, comenzando por aquellos de contenido patrimonial.

La admisibilidad o no de estas vías de autotutela no sólo desde un punto de vista moral, sino también jurídico, exige sin embargo tener en cuenta más factores. En primer lugar, la gravedad de la violación de derechos sociales en juego y su impacto en la supervivencia y autonomía de los afectados y del resto de la comunidad. En segundo término, la responsabilidad de los poderes públicos o de agentes particulares en la generación de las vulneraciones concernidas. En tercer término, la existencia real de canales públicos o privados a disposición de los afectados, que les permitan hacer visibles sus reivindicaciones y, eventualmente, impugnar con posibilidades razonables de éxito las vulneraciones del derecho en liza. Finalmente, la intensidad de la afectación que estas medidas de autotutela puedan suponer para derechos de terceros.

Mientras más urgentes, en efecto, sean las necesidades en juego y mayor la situación de «emergencia constitucional», más justificado estará el recurso a vías de autotutela. Naturalmente, ello dependerá también de la responsabilidad que pueda atribuirse a los poderes públicos o a los particulares por dicha situación. Así, frente a una situación de persistente abandono de fábricas, tierras o inmuebles, el uso anti-social de la propiedad, pública o privada, no puede tener primacía sobre actuaciones cuyo fin es, precisamente, devolver a los recursos en juego

19. V. Abramovich y C. Courts, *Los derechos sociales en el debate democrático*, cit., p. 76.



un sentido social, ligándolos a derechos como la vivienda o el trabajo. Igualmente, la utilización de mecanismos de protesta o de desobediencia *prima facie* ilegales podría reputarse, en casos de bloqueo de los medios de comunicación o de los canales institucionales de protesta, un supuesto protegido de disidencia o, si se prefiere, un ejercicio calificado del derecho de petición, de la libertad ideológica o de la libertad de expresión.

Precisamente por su estrecha conexión con el principio democrático, estas expresiones de protesta podrían concebirse como vías legítimas de defensa del principio del Estado social y democrático de derecho, así como de actualización, en general, de normas constitucionales e internacionales incumplidas de manera grave y sistemática<sup>20</sup>. Más que como actuaciones punibles, por tanto, deberían verse como el ejercicio de derechos especialmente tutelados y preferentes en relación con otros como la libertad de tránsito o la libertad de comercio<sup>21</sup>.

De lo que se trata, en definitiva, es de advertir que en situaciones de cierta gravedad los poderes públicos y los particulares pueden verse obligados a reconocer y a tolerar ejercicios de autotutela de los derechos sociales que, aunque limitan derechos de otras personas, tienen por objeto preservar la propia supervivencia y dignidad y/o ampliar la calidad democrática de la esfera pública<sup>22</sup>. Esa obligación puede suponer, según el caso y el tipo de bienes afectados, la renuncia a la vía penal como mecanismo para resolver los conflictos suscitados, la opción por la vía civil o simplemente el archivo de las denuncias planteadas. En este sentido, los poderes públicos podrían verse obligados a establecer espacios de negociación y diálogo y, llegado el caso, a legalizar la práctica cuestionada, reconociendo, por ejemplo, derechos posesorios sobre las tierras o inmuebles ocupados<sup>23</sup>.

20. Vid., entre otros, J. A. Estévez, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, cit., en especial el capítulo «La desobediencia civil como participación en la defensa de la constitución»; J. I. Ugartearena, *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Marcial Pons/Insainitu Vasco de Administración Pública, Madrid, 1999; J. Habermas, «La desobediencia civil, piedra de toque del Estado democrático de derechos», en *Ensayos políticos*, trad. de R. García Cotarelo, Península, Barcelona, 1994, pp. 51 ss.

21. Vid. R. Gargarella, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

22. Una interesante reflexión al respecto en A. Olivas Díaz, «Castigar la disidencia: el movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico», *Jueces para la democracia* (Madrid) 54 (2005), pp. 51-72.

23. V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales en el debate democrático*, cit., p. 77.

### 6.3. La función de las escalas en la garantía de los derechos sociales

Si la tutela de los derechos sociales puede verse como un proceso que involucra a diferentes actores institucionales y extra-institucionales, ninguna de las reflexiones vertidas hasta aquí puede prescindir del debate en torno a las escalas, esto es, en torno a los ámbitos territoriales en los que las garantías de los derechos sociales pueden ejercerse.

En realidad, la crisis del Estado social tradicional y la expansión de la globalización neoliberal han supuesto también la crisis del modelo de garantía de los derechos fundamentales en una única escala institucional de ámbito estatal. La escala estatal resulta demasiado lejana para procesar las necesidades que dan contenido a los derechos sociales en el ámbito local, y demasiado pequeña e ineficaz para afrontar la tarea de control de los poderes de mercado que se expresan en el ámbito internacional.

En este contexto, la reconstrucción democrática de las garantías institucionales de los derechos sociales debería plantear su perfeccionamiento, desarrollo y coordinación no sólo en términos horizontales sino también verticales, es decir, en múltiples escalas infra y supra-estatales.

En el ámbito infra-estatal, la reconstrucción de las garantías de los derechos sociales está vinculada, sobre todo, a la puesta en marcha de esquemas descentralizadores y federalizantes que admitan dobles e incluso triples niveles de autogobierno con capacidad para incidir, directa o indirectamente, en la configuración y satisfacción de los derechos sociales. Esta articulación vertical, en diferentes niveles, de mecanismos de protección de los derechos sociales, comporta la atribución de su tutela no sólo a órganos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales de ámbito estatal, sino también de tipo sub-estatal (entidades federadas o libremente asociadas, provincias, cantones, *Länder*, comunidades autónomas).

En el Derecho comparado, de hecho, no faltan estados compuestos, esto es, políticamente descentralizados, en los que se reconoce a las respectivas entidades sub-estatales funciones legislativas y ejecutivas que les permiten reconocer derechos y principios sociales en materia habitacional, sanitaria, laboral o educacional, bien porque tienen competencia exclusiva para ello, bien porque la comparten con las instancias estatales (o supra-estatales, como ocurre en el caso europeo)<sup>24</sup>. Así, en estados como el alemán, el italiano, el estadounidense, el brasileño,

24. Un panorama bastante amplio sobre estas cuestiones y sobre los problemas jurídicos que plantean, en M. A. Aparicio (ed.) y E. Expósito y J. M. Castella (coords.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Atelier, Barcelona, 2005. Asimismo, des- pliegan una reflexión teórica interesante sobre estas cuestiones G. Maestro y M. A. García

el canadiense o, más recientemente, el español, las entidades infra-estatales han recogido en sus normas institucionales básicas (constituciones, estatutos de autonomía, etc.) derechos sociales y principios rectores de las políticas públicas que procuran especificar e incluso ampliar, sin contradecir, el contenido de los derechos y principios recogidos en las constituciones de ámbito estatal.

Dependiendo, asimismo, del tipo de Estado federal o compuesto del que se trate, las entidades infra-estatales no sólo contemplan, en ejercicio de su autogobierno, garantías legislativas y administrativas de los derechos, sino que cuentan, a veces, con garantías secundarias, de control, de diversa índole: desde defensorías del pueblo y comisiones de derechos humanos propias hasta tribunales o salas específicas de los mismos facultados para participar en la tutela de los derechos fundamentales<sup>25</sup>.

Este esquema de difusión de la capacidad de actuación en materia de derechos sociales puede incluso descender al ámbito municipal. Por su cercanía a las necesidades directas de las personas, los municipios y las ciudades en general suelen desempeñar un papel central en la regulación y gestión de determinados servicios y prestaciones sociales y nada impide que estas actuaciones puedan concebirse no en términos de simples concesiones discrecionales o revocables, sino como auténticas políticas ligadas al cumplimiento de derechos<sup>26</sup>.

Una de las funciones primordiales de estos mecanismos descentralizados y desconcentrados de garantía consiste en asegurar la debida complementariedad entre igualdad y diversidad en la definición del contenido y alcance de los derechos civiles, políticos y sociales. De lo que se trata, así, es de propiciar la creación de «redes» o «círculos» normativos e interpretativos «virtuosos» que conduzcan, a través de un diálogo bilateral y multilateral entre órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales de diferentes escalas, a la delimitación al alza tanto de los contenidos básicos, mínimos, como de los diferentes contenidos adicionales

Herrera en *Marginalización, Estado social y Prestaciones Autonómicas*. Cedees, Barcelona, 1999, pp. 65 ss.

25. Para un estudio de derecho comparado en la materia, tiene interés el volumen colectivo coordinado por M. Gerpe y M. Barceló *El federalismo judicial*, Institut d'Estudis Autònomic, Barcelona, 2006.

26. En 2002, por ejemplo, diversas ciudades europeas firmaron en Saint-Denis una Carta de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad en la que se comprometen a observar en las políticas municipales diversos estándares de protección de derechos civiles, políticos, sociales y ambientales. Y si bien el estatuto de esta Carta, al no haber pasado por la ratificación estatal, es incierto, refleja la voluntad de vincular también el autogobierno municipal al respeto por unos derechos sociales básicos y al cumplimiento de obligaciones de no regresividad y de progresividad.

que puedan darse a los derechos sociales. Todo ello sin dejar de lado el establecimiento de políticas transparentes y equitativas de coordinación, solidaridad y compensación inter-territorial.

Una de las piezas clave para la viabilidad de este modelo de protección multinivel de los derechos sociales es su vinculación, por un lado, al principio de suficiencia financiera, esto es, a la posibilidad de que cada instancia pueda, de manera efectiva, disponer de los recursos y del poder fiscal y tributario necesarios para sufragar sus propias políticas sociales. Y por otro, al principio de subsidiariedad, es decir, al principio conforme al cual un determinado ámbito material sólo debería ser regulado por una instancia superior cuando no pueda hacerse de manera más eficaz en una instancia inferior, más próxima a los titulares de los derechos.

En todo caso, aunque el principio de subsidiariedad, leído de abajo hacia arriba, otorga un especial deber de actuación a las instancias locales más cercanas a la necesidades de la población, es evidente que ningún proceso de descentralización puede plantearse de manera realista en el ámbito municipal o regional infra-estatal si no se aborda, de manera simultánea, en el ámbito regional supra-estatal e internacional.

En el contexto actual, el proceso de globalización de la economía en un sentido neoliberal ha inutilizado, con la complicidad de los propios estados, muchas de las herramientas que les permitían llevar adelante, en el interior de sus fronteras, políticas de reforma social y de control de los poderes de mercado, sin permitir su creación en el ámbito supra-estatal. De ese modo, lo que ha tenido lugar es una creciente concentración de poderes transnacionales de mercado que erosiona el margen para los controles democráticos, favorece las actuaciones opacas e ilegales y propicia modelos de inversión y crecimiento insostenible desde una perspectiva ecológica.

La recuperación de competencias en materia de política social y de control del mercado en el exclusivo ámbito estatal, además de imposible, es indeseable, en la medida en que se inscribe en el horizonte de un Estado social en un sólo país o región privilegiadas del planeta<sup>27</sup>. Por el contrario, si se tienen en cuenta fenómenos como el de las crecientes desigualdades entre las zonas ricas y las empobrecidas o como el de los flujos migratorios desde la periferia hacia los países centrales, lo conveniente es plantear, frente a la tentación del «chauvinismo del bienestar», la reconstrucción de las garantías de los derechos sociales, además de en el ámbito infra-estatal y estatal, en el ámbito supra-estatal<sup>28</sup>.

27. E. J. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 115 ss.

28. Sobre la noción de «chauvinismo del bienestar», vid. J. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., pp. 636 ss.

En buena medida, ello exigirá repensar las instituciones regionales e internacionales hoy existentes, y plantearse la creación de otras inéditas<sup>29</sup>. Las actuales institucionales supra-estatales apenas reúnen los requisitos antes estipulados de difusión, representatividad y publicidad del poder, y con frecuencia amparan órganos burocráticos sin capacidad de decisión, u órganos tecnocráticos, con significativas facultades de decisión, pero con escasa o nula orientación social, o con escaso o nulo control democrático. No llama la atención, por tanto, que estas instituciones, lejos de orientarse al fortalecimiento de los espacios democráticos que puedan surgir en los ámbitos locales o a la ampliación, en ellos, de la vigencia de los derechos civiles, políticos y sociales, sirvan para estrechar los márgenes de incidencia de los controles públicos sobre los poderes de mercado.

Este déficit de garantías primarias y secundarias de los derechos sociales puede observarse incluso en los procesos de integración más avanzados, como el europeo. Allí, cabe distinguir dos sistemas de garantías: el ligado al Consejo de Europa y el vinculado a la Unión Europea.

En el ámbito del Consejo de Europa, los derechos sociales se encuentran específicamente recogidos en la Carta Social europea, aprobada en 1961 y revisada en 1996. Junto a este complejo de garantías primarias, existe una garantía de tipo semi-jurisdiccional que es el comité de expertos encargado de supervisar el contenido de la Carta. A pesar de la existencia de estos mecanismos específicos, sin embargo, los derechos sociales han encontrado mayor protección, «por conexión», en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en su órgano de supervisión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>30</sup>.

En la más determinante Unión Europea, en cambio, el papel de los derechos sociales ha sido del todo secundario<sup>31</sup>. En primer lugar, porque no existen, prácticamente, garantías primarias de estos derechos.

29. Una tarea de este tipo, naturalmente, no tendría por qué conducir a un indeseable estado mundial y podría articularse sobre fórmulas institucionales no estatales, plurales y debidamente coordinadas. Sobre un modelo cosmopolita de este tipo, *vid.*, entre otros, L. Ferrajoli, *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2003, especialmente la segunda parte; D. Held, *La democracia y el orden global*, trad. de S. Matzaña, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 330 ss.; B. Sousa Santos, *La globalización del derecho*, cit., pp. 149 ss.

30. Ya en el caso *Airey*, de 1979, el Tribunal europeo sostuvo que no existía ninguna separación tajante entre el Convenio y la esfera social y económica, de manera que aun que ésta consagraba «esencialmente derechos civiles y políticos», muchos de ellos admitían una proyección al orden económico y social. Sobre estos temas, *vid.*, entre otros, F. Sudre, «Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme»: *Revue universelle des droits de l'homme* 12/1-2 (2000), pp. 32 ss.

31. *Vid.*, entre otros, A. Cantaro, *Il lungo secolo*, cit.; G. Maestro Buelga, «Consti-

El Derecho originario ha otorgado a los órganos comunitarios importantes competencias dirigidas a desarrollar la libertad de competencia y la libre circulación de capitales, servicios y mercancías, y ha dejado en manos de los estados el desarrollo, en lo sustancial, de las políticas sociales. Este reparto de competencias no sólo ha impedido desarrollar políticas sociales de ámbito europeo, sino que ha convertido al Derecho europeo en un factor de restricción de los márgenes para el desarrollo de estas políticas en el ámbito estatal<sup>32</sup>.

A partir del Acta Única de 1986, y sobre todo del Tratado de Maastricht de 1993, las obsesiones anti-inflacionarias y monetaristas de la Unión Europea, y su compromiso con la alta competitividad y la libre circulación de capitales, servicios y mercancías, no han hecho sino intensificarse. Tras el Tratado de Amsterdam, de 1997, se ha intentado moderar esta mediante la introducción, por un lado, del llamado «método de coordinación abierta», que prevé la posibilidad de cooperación entre los estados para alcanzar políticas comunes en el ámbito social, y por otro con la proclamación de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, que incorpora algunos derechos sociales en su artículo<sup>33</sup>. Sin embargo, esta asimétrica relación entre un Derecho fuerte (*hard law*) en el ámbito de las libertades de empresa y la competitividad y un derecho débil (*soft law*) en el ámbito de las políticas sociales, supone mantener inalterado, en lo sustancial, el «techo ideológico» del proceso de construccionalización de la Unión. En ese contexto, y como el propio Tribunal Europeo de Justicia se ha encargado de recordar, los derechos sociales siguen concibiéndose como «excepciones» a las libertades de mercado, y sólo son admitidos si consiguen superar un estricto test de proporcionalidad<sup>34</sup>.

nación económica y derechos sociales en la Unión Europea», en J. Corcuera (ed.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002.

32. Excepcionalmente, se aprobaron algunos instrumentos normativos de tutela, como la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989. Sin embargo, estos mecanismos no han pasado de desempeñar un papel casi testimonial, de escasa eficacia jurídica.

33. La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, conocida también como Carta de Niza, fue «proclamada solemnemente» en 1999 pero no fue incorporada con valor jurídico a los tratados. A pesar de ello, algunos tribunales estatales han comenzado a invocar sus disposiciones. Por lo que aquí respecta, en todo caso, es cuanto menos dudoso que pueda significar un elemento de presión al alza en materia de tutela de derechos sociales. Para un razonado argumento en este sentido, *vid.*, entre otros, el incisivo comentario de O. de Schutter, «La garanzia dei diritti e principi sociali nella «Carta dei diritti fondamentali»», en G. Zagrebelsky, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Bari, 2003.

34. Sobre el papel del Tribunal de Justicia de Luxemburgo como motor de la «Construcción económica liberal» de la Unión Europea, *vid.* M. Poitres Mauduro, *Wé, the Court.*

En otros sistemas internacionales de protección de los derechos, como Naciones Unidas, pueden identificarse ciertas garantías primarias de los derechos sociales, como las contenidas en la Declaración de Derechos Humanos de 1948, en el propio PIDESE o en los Convenios de la OIT. Estas disposiciones normativas, a su vez, cuentan, como se ha visto ya, con comités de expertos encargados de desarrollar su contenido y de supervisar su cumplimiento por parte de los estados, lo que los configura como una suerte de garantías secundarias de tipo semi-jurisdiccional.

Sin embargo, el Derecho internacional ha permanecido en buena parte indiferente al problema de la pobreza y de las grandes desigualdades globales<sup>35</sup>. Naciones Unidas cuenta con una decena de órganos de especialización que podrían cobrar más protagonismo como órganos de garantía internacional de los derechos sociales. Así, además de la propia OIT, la Organización para la Agricultura y la Alimentación (FAO), la Organización para la Ayuda de la Infancia (UNICEF) o la Organización Mundial de la Salud (OMS). Lo que ocurre es que estos organismos ni cuentan con el presupuesto suficiente para asegurar con eficacia programas sociales básicos en las regiones más empobrecidas ni disponen de competencias y voluntad política para incidir, por ejemplo, en la actuación de las grandes empresas transnacionales.

En realidad, aunque una parte considerable del déficit en los mecanismos internacionales de garantía de los derechos sociales debe atribuirse a la desidia y resistencia de los estados, comenzando por aquellos que se beneficiarían del actual sistema político y económico internacional, tampoco ayuda a explicar el fondo del problema. En realidad, también aquí, como sucede en el ámbito estatal o infra-estatal, no hay garantías institucionales de que los derechos civiles, políticos y sociales puedan sobrevivir o aspirar a un mínimo de eficacia sin garantías sociales, participativas, que las sostengan y planteen su permanente actualización.

Así, si en el ámbito municipal, regional y estatal es posible concebir, no sin dificultades, expresiones de movilización y participación social capaces de incidir en los procesos legislativos, administrativos y jurisdiccionales de tutela de los derechos y de crear, en su caso, espacios más o menos amplios de autotutela, más complicadas resultan las estrategias de asociación y acción colectiva en el ámbito supra-estatal o global.

La ampliación y perfeccionamiento de los mecanismos de acceso

individual y colectivo a los sistemas regionales e internacionales de protección de los derechos sociales puede ser un paso en esta dirección, sobre todo por su capacidad para generar precedentes que puedan ser aprovechados en diferentes jurisdicciones locales<sup>36</sup>.

En todo caso, si no quiere quedar reducido a un simple ensueño utópico, un genuino cosmopolitismo jurídico articulado de manera plural en múltiples centros geográficos exigirá que los movimientos y organizaciones sociales de ámbito local y estatal pudieran impulsar, de manera simultánea, nuevas reformas y rupturas en los actuales espacios institucionales conformados en el ámbito regional e internacional.

A pesar de su carácter embrionario, este proceso de globalización desde «abajo» ha experimentado avances importantes en las últimas décadas, al calor, precisamente, de la deriva reprivatizadora y remercantilizadora alentada por los procesos de globalización «desde arriba». A través de acuerdos formales e informales y de prácticas que con frecuencia escapan al control de los estados, estos procesos han generado una difusa pero férrea *lex mercatoria* que, entre otras cuestiones, ha otorgado un peso notable a las grandes corporaciones transnacionales en la gestión y asignación de recursos básicos como el agua potable, los medicamentos, el suelo y los recursos energéticos.

De este modo, lo que ha tenido lugar es un sostenido proceso de presión a la baja y de erosión de los instrumentos de intervención ligados a la lógica del Estado social y democrático de derecho. De manera simultánea, sin embargo, esta tendencia ha coincidido con la irrupción de incipientes pero novedosas variantes de sindicalismo, asociacionismo y activismo transnacional tanto en el ámbito de los países centrales como, sobre todo, en las regiones y países periféricos<sup>37</sup>.

De este tipo de espacios, así como de los múltiples foros que han ido conformando una auténtica «globalización desde abajo», han partido, en realidad, diferentes iniciativas dirigidas a introducir garantías políticas internacionales de los derechos, como la imposición de gravámenes a los capitales especulativos, la reducción o eliminación de la deuda externa de los países empobrecidos, la introducción de cláusulas

36. Éste sería el sentido, por ejemplo, de la adopción de un Protocolo Facultativo al PIDESE que hiciera posibles la presentación de denuncias por acciones u omisiones vulneradoras de derechos sociales. Un mecanismo de este tipo permitiría además al Comité DESE desarrollar una jurisprudencia que contribuya a la mejor comprensión del contenido de las obligaciones estatales vinculadas al Pacto.

37. Sobre estas cuestiones *vid.* B. Sousa Santos y H. Augusto Correa «Introducción: para ampliar o cánone do internacionalismo operário», en el sugerente volumen colectivo coordinado por el primero, *Trabalhar o mundo. Os caminhos do novo internacionalismo operário*, Civilização Brasileira, Río de Janeiro, 2005, pp. 21 ss.

*The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

35. *Vid.* M. Chemillier-Gendreau, *Droit international et démocratie mondiale. Les raisons d'un échec*, Textuel, Paris, 2002, pp. 91 ss.

laborales, sanitarias o ecológicas en los tratados comerciales entre los países ricos del Norte y los países empobrecidos del Sur o del Este o el establecimiento de mecanismos de control y eventual sanción de actividades ilegales de las empresas transnacionales<sup>38</sup>.

#### 6.4. Conclusión: por una democratización de la tutela de los derechos fundamentales

Muchas de las cuestiones hasta aquí planteadas apuntan, en suma, a la configuración de una constelación multi-institucional, participativa y multinivel de garantías de los derechos civiles, políticos y sociales. Perfeccionar las garantías y profundizar los espacios democráticos, de hecho, serían dos consignas centrales en un programa dirigido a la transformación, por un lado, de los degradados estados sociales tradicionales en auténticos estados sociales constitucionales y, por otro, de las actuales democracias liberales, de baja intensidad, en democracias sociales deliberativas y genuinamente participativas.

La suerte de este programa, sin embargo, es incierta. Más allá de su racionalidad interna y de las posibilidades que ofrece el constitucionalismo actual y el Derecho internacional de los derechos humanos y su concreción depende de la acción de mujeres y hombres de carne y hueso y no se encuentra inscrita de antemano en ninguna *lógica garantista evolutiva* o en el automático despliegue de las *estructuras económicas*.

Ciertamente, existen elementos objetivos, y no simplemente voluntaristas, para pensar en el surgimiento de un nuevo tipo de subjetividad, múltiple, descentrada e interesada tanto en la expansión igualitaria de los derechos fundamentales como en la limitación y control de los poderes estatales y de mercado. Las relaciones sociales de exclusión e inclusión subordinada generadas por los actuales sistemas productivos han conducido, en efecto, a que un vasto porcentaje de la fuerza de trabajo, cada vez más feminizado y multicultural, participe en su mantenimiento y reproducción<sup>39</sup>. En la medida en que lo hacen en marcadas condiciones de informalidad y precariedad, cuando no de abierta explotación, estas capas sociales tienen un interés objetivo en el desarrollo de sistemas alternativos capaces de asegurar de manera sostenible los derechos civiles, políticos, sociales, culturales y ambientales de todas las

38. Sobre estas experiencias puede verse, por ejemplo, el volumen coordinado por B. Sousa Santos y C. Rodríguez *Law and Globalization from Below: Toward a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

39. C. de Cabo, *Teoría constitucional de la solidaridad*, cit., pp. 20 ss.

personas, imponiendo para ello límites y controles tanto a los poderes burocráticos, de Estado, como a los poderes privados, de mercado.

No obstante, estas condiciones objetivas de necesidad no comportan, una vez más, garantía alguna de concreción. Ya Walter Benjamin denunció el gran fraude que toda concepción mecanicista y lineal de la historia representa, en realidad, para los excluidos de sus beneficios. En opinión de Benjamin, si la idea de progreso había desempeñado una función crítica en los inicios de la Ilustración, tras el ascenso de la burguesía lo que se extendió fue la idea de su realización automática, lo cual, al cabo, era una forma muy eficaz de despolitizarla y de incitar a los grupos en mayor situación de vulnerabilidad a la inacción<sup>40</sup>.

Actualmente, el discurso dominante en torno a los derechos pro-pagado desde diferentes disciplinas sociales, incluida la jurídica, corre el riesgo de desempeñar un papel semejante. Al presentar los derechos sociales como derechos tardíos, desde un punto de vista histórico, sub-alternos en términos axiológicos, con una estructura totalmente diferenciada y devaluados desde el punto de vista jurídico, las propias disciplinas jurídicas contribuyen a anclarlos en una condición de permanente minoría de edad que, como en las profecías autocumplidas, acaba considerándose ineluctable. Impugnar y revertir ese relato, por lo tanto, es una garantía más, una *meta-garantía teórica*, si se quiere, de los derechos fundamentales, simultánea a las diferentes prácticas sociales dirigidas a asegurarlos de manera igualitaria. Como se ha procurado mostrar a lo largo de estas páginas, una tarea teórico-práctica de este tipo ha de estar fundada al menos en dos premisas. En primer lugar, en la adopción de una perspectiva crítica que no se limite a reducir la realidad a lo que de manera dominante «es», sino que, recuperando múltiples experiencias dispersas, olvidadas o canceladas, sea capaz de identificar en ella vías de actuación alternativas<sup>41</sup>. En segundo término, en la asunción de una perspectiva, no *ex parte principii*, sino más bien *ex parte populi*, es decir,

40. W. Benjamin, «Tesis de filosofía de la historia», en *Discursos interrumpidos I*, trad. de J. Aguirre, Taurus, Madrid, 1973, pp. 175-191. Para una sugerente interpretación de las tesis en este sentido, *vid.*, asimismo, M. Lowy, W. Benjamin, *Aviso de incendio*, trad. de H. Pons, FCE, México-Buenos Aires, 2003, pp. 93 ss.

41. «La ciencia jurídica —afirma Luigi Ferrajoli— ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto [...] Es una paradoja epistemológica que caracteriza nuestras disciplinas: forma parte del universo artificial que describimos y contribuimos a construirlo de manera bastante más determinante de lo que pensamos. Por ello, depende también de la cultura jurídica que los derechos, según la bella fórmula de Dworkin, sean tomados en serio, ya que no son sino significados normativos, cuya percepción y aceptación social como vinculantes es la primera, indispensable condición de su efectividad.» (Derechos fundamentales», cit., pp. 55-56).

una lectura de los derechos que otorgue primacía al punto de vista externo, de quienes carecen de poder sobre el punto de vista interno en el que suelen solazarse los relatos jurídicos tradicionales.

También aquí, «pasar el cepillo a contrapelo de la historia», como pide Benjamin, podría ser un buen punto de partida para pensar los derechos «desde abajo», es decir, desde un punto de vista genuinamente cosmopolita que tuviera en cuenta no sólo las actuaciones e intereses de los poderes constituidos, sino también la potencia constituyente de los diversos sujetos subalternos por razones de clase, étnicas o de género<sup>42</sup>.

Una lectura de este tipo —discontinua, en lugar de lineal; conflictiva, en lugar de armónica; abierta, en lugar de determinista— constituiría una alternativa tanto a los relatos funcionalistas que reducen la historia a campo ineluctable de triunfo del más fuerte, como a aquellos mecánicamente optimistas que cifran el núcleo de sus expectativas en la simple evolución de la *lógica garantista* o de las *estructuras económicas*. Así, junto al pesado lastre de incumplimientos, exclusiones y regresiones que la historia de los derechos carga sobre sus espaldas, sería posible rescatar las múltiples experiencias reivindicativas, de solidaridad y cooperación, que los sujetos en apariencia *más débiles*, los *sin poder*, han opuesto a la arbitrariedad de los poderes dominantes de cada época, a veces a través del Derecho vigente, y en ocasiones contra él. De ese modo, podría advertirse, también a propósito de los derechos sociales, cómo a menudo «los hombres luchan y pierden la batalla, y cómo aquello por lo cual habían luchado se logra a pesar de su derrota, y cómo cuando esto llega resulta ser diferente a lo que se proponían, y cómo otros hombres han de luchar por aquello que ellos pretendían alcanzar bajo otro nombre»<sup>43</sup>.

42. Inspirándose en el trabajo de historiadores como R. Guha, esta idea de un «Derecho desde abajo» ha sido sugestivamente desarrollada, en el ámbito del Derecho internacional, por G. Rajagopal, *El derecho internacional desde abajo*, cit., pp. 331 ss. Para un análisis teórico-jurídico más amplio, vid. asimismo B. Sousa Santos y M. Rodríguez, «The Legal, the Political and the Subaltern in Counter-Hegemonic Globalization», en B. Sousa Santos y C. Rodríguez (eds.), *Law and Globalization from Below...*, cit., p. 24.

43. W. Morris, *The dream of John Bull: a King's lesson*, 1886, cap. 4.

## ÍNDICE

Contenido .....	7
Agradecimientos.....	9
1. INTRODUCCIÓN. LA CRÍTICA DE LA PERCEPCIÓN DOMINANTE DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO PRECUESTO PARA SU RECONSTRUCCIÓN GARANTISTA Y DEMOCRÁTICA .....	11
2. LA CRÍTICA DE LA PERCEPCIÓN HISTÓRICA: LA TESIS DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS GENERACIONALMENTE POSTERIORES A LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.....	19
2.1. La tesis del reconocimiento tardío de los derechos sociales .....	19
2.2. La tesis del reconocimiento lineal de los derechos sociales.....	25
2.3. La tesis del reconocimiento universal de los derechos sociales.....	30
2.4. Elementos para una historia compleja de los derechos fundamentales .....	35
3. LA CRÍTICA DE LA PERCEPCIÓN FILOSÓFICO-NORMATIVA: LA TESIS DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS AXIOLÓGICAMENTE SUBORDINADOS A LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS .....	37
3.1. La tesis de los derechos sociales como derechos de igualdad y no de dignidad .....	39
3.2. La tesis de los derechos sociales como derechos de igualdad y no de libertad .....	41
3.3. La tesis de los derechos sociales como derechos de igualdad y no de diversidad .....	49
3.4. Elementos para una fundamentación común de los derechos fundamentales.....	52

4.	LA CRÍTICA DE LA PERCEPCIÓN TEÓRICA: LA TESIS DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS ESTRUCTURALMENTE DIFERENTES A LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.....	59
4.1.	La tesis de los derechos sociales como derechos prestacionales y costosos.....	60
4.2.	La tesis de los derechos sociales como derechos vagos e indeterminados.....	67
4.3.	La tesis de los derechos sociales como derechos específicos de dimensión colectiva.....	72
4.4.	Elementos para una concepción indivisible e interdependiente de los derechos fundamentales.....	75
5.	LA CRÍTICA DE LA PERCEPCIÓN DOGMÁTICA: LA TESIS DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS DE TUTELA DEBILITADA EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.....	79
5.1.	La tesis de los derechos sociales como derechos no fundamentales.....	80
5.2.	La tesis de los derechos sociales como derechos de configuración legislativa.....	83
5.3.	La tesis de los derechos sociales como derechos no justiciables.....	87
5.4.	Elementos para una protección jurídica equivalente de los derechos fundamentales.....	102
6.	LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS GARANTÍAS: POR UNA RECONSTRUCCIÓN DEMOCRÁTICA, PARTICIPATIVA Y MULTINIVEL.....	111
6.1.	La función de los poderes públicos en la garantía de los derechos sociales.....	114
6.1.1.	La función de las garantías políticas.....	115
6.1.2.	La función de las garantías jurisdiccionales.....	120
6.2.	La función de la participación social en la garantía de los derechos sociales.....	122
6.3.	La función de las escalas en la garantía de los derechos sociales.....	129
6.4.	Conclusión: por una democratización de la tutela de los derechos fundamentales.....	136
	<i>Índice</i> .....	139

Gerardo Pisarello

Doctor en Derecho, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Barcelona y vicepresidente del Observatorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Ha sido profesor invitado en universidades de España, Argentina, México e Italia y es autor de diversos ensayos sobre constitucionalismo y derechos sociales. En esta misma Editorial ha sido coeditor, junto a Antonio de Cabo, de *La renta básica como nuevo derecho ciudadano* (2006) y *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2005), además de editor de *Razones jurídicas del pacifismo* (2004), de Luigi Ferrajoli.