

jurisdiccional entraña límites que sólo pueden superarse a partir de controles sociales externos.³⁸ Se trataría, sin embargo, de ofrecer una fundamentación antes republicana que liberal de la función jurisdiccional en una democracia constitucional. Desde ese punto de vista, la apertura de vías jurisdiccionales (o semi-jurisdiccionales) capaces de disputar medidas legislativas y administrativas que vulneren derechos sociales podría concebirse como un paradójico límite habilitante, es decir, como un límite orientado no a despolitizar las relaciones sociales, sino a desburocratizarlas y desmercantilizarlas, estimulando la creación de ámbitos de discusión y deliberación de otro modo insensibles a las demandas ciudadanas de contenido social.³⁹

El argumento de la indeterminación del derecho y de la conducta estatal

Un segundo argumento contra la justiciabilidad de los derechos sociales apunta al alto grado de imprecisión de su contenido, así como a la naturaleza vaga e indeterminada de las obligaciones que su garantía impone a los poderes públicos. Dado que el derecho objetivo consiste en un universo lingüístico, la precisión semántica es esencial. Cuando un derecho se establece sin definir de manera explícita o claramente implícita su alcance, así como los deberes que corresponden al sujeto obligado, resulta inoperante y no puede ser reclamado ante un tribunal. Precisamente por eso, se sostiene, expresiones como «todos tienen derecho a una nivel adecuado de salud» o «todos tienen derecho a una vivienda digna», brindan argumentos

38. Como el propio Ely se encarga de recordar de manera aguda: «Podemos considerar hasta el cansancio que las legislaturas no son democráticas, pero eso no hará que los tribunales sean más democráticos que las legislaturas (...) El problema reside en que el contexto constitucional está a mundos de distancia: la legislatura se ha pronunciado y el asunto es saber si la Corte debe revocarlo (...) Pero hacerlo sobre la base de que la legislatura no es la auténtica expresión de los valores del pueblo mientras la Corte sí lo es, es ridículo (...) La idea de que los auténticos valores de la gente pueden ser descubiertos de manera más fiable por una élite no democrática se conoce en ocasiones como 'el principio del Führer'». Vid. *Democracia y desconfianza*, cit. pp. 90-91.

39. Sobre la idea de las cláusulas constitucionales como límites habilitantes es sugerente el artículo de S. Holmes, «Precommitment and the paradox of democracy», en J. Elster y Rune Slagstad (eds.) *Constitutionalism and Democracy*, op. cit.

muy endeble acerca del contenido normativo, alcance e implicaciones jurídicas de tales preceptos. A pesar de la radicalidad del argumento, es posible introducir algunos matices:

Una cierta vaguedad semántica, para comenzar, es un rasgo inherente no sólo al lenguaje jurídico sino al propio lenguaje natural.⁴⁰ En el caso de derechos consagrados en las constituciones, encierra además una exigencia derivada del principio del pluralismo político. Una Constitución de detalle, en efecto, cerraría en exceso el espacio de juego democrático que debe quedar abierto a la disputa entre las diferentes fuerzas políticas. Ahora bien, esa apertura relativa no equivale a ininteligibilidad, y menos aún, a inutilidad.⁴¹ Los preceptos sobre derechos sociales no suelen ser más vagos que los que consagran derechos civiles y políticos. No es evidente que conceptos como «honor», «vida», «intimidad privada y familiar» o «libertad de expresión», sean más precisos o menos oscuros que «nivel razonable de salud», «educación básica» o «vivienda digna y adecuada».⁴² Que los supuestos concretos que configuran el derecho de propiedad hayan sido regulados de manera minuciosa en los códigos civiles continentales no ha sido obstáculo para que los jueces extraigan consecuencias directas de las normas que lo prevén en el plano constitucional o del derecho internacional.⁴³

Los órganos jurisdiccionales, en otras palabras, dedican buena parte de su tarea a interpretar y aplicar conceptos y preceptos genéricos y abstractos en contextos concretos. La indeterminación de una norma, por tanto, no supone indeterminabilidad absoluta, ni semán-

40. Vid., por todos, H. L. A. Hart, *El concepto del derecho*, trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

41. Vid., al respecto, J.J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

42. Se ha dicho muchas veces que la propia distinción entre textos «claros» y «oscuros» es discutible, ya que «claridad» y «oscuridad» no son cualidades intrínsecas de un texto que precedan a la interpretación. Por el contrario, son el fruto de interpretaciones, entendidas en el sentido amplio de adscripción de significados a un texto. La claridad, por tanto, lejos de excluir toda controversia, puede ser ella misma objeto de controversia. Vid. R. Guastini, «Michel Tropper e l'interpretazione della Costituzione», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamiento giuridico*, Giappichelli, Turín, 1987, p. 230.

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

tica ni fáctica.⁴⁴ Por lo tanto, es deber de los operadores jurídicos extraer de ellas las conclusiones más garantistas posibles. A veces, mediante una hermenéutica controlada y debidamente motivada, y cuando los límites del texto lo impidan de manera incontestable, a través del perfeccionamiento del propio lenguaje constitucional.⁴⁵

Lo cierto, en todo caso, es que mientras que los derechos civiles y políticos se han beneficiado de una ingente tarea hermenéutica desarrollada por cientos de tribunales de todo el mundo a lo largo de varias décadas, la jurisprudencia internacional sobre casos que involucran derechos sociales es todavía embrionaria y tiene un amplio camino por delante. Dicho en otras palabras: que la definición del contenido normativo de los derechos sociales se encuentre menos avanzada que en el caso de los derechos civiles y políticos obedece más a su histórico relego en materia de interpretación que a límites estructurales supuestamente inalterables.

La proliferación de referencias jurisprudenciales cruzadas no es sino una prueba del afianzamiento de un auténtico «quinto método de interpretación»⁴⁶ construido, junto a los métodos tradicionales,⁴⁷ a partir de experiencias de derecho comparado planteadas en ordenamientos pertenecientes incluso a tradiciones jurídicas diversas. Dichas experiencias, cada vez más relevantes en el ámbito no sólo del «derecho vivo» estatal, sino también de los Comités de expertos en derechos sociales de Naciones Unidas, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁴⁸ o, más recientemente, del Consejo de Eu-

44. En ocasiones, por ejemplo, frente a una violación puntual del derecho a la salud o a la vivienda, la única alternativa reparadora es la concesión de una vacuna puntual o de un único alojamiento razonable disponible en la zona. La discrecionalidad de los poderes públicos, en estos casos, es evidentemente reducida.

45. Caso, este último, que exigiría evidentemente la reforma del texto constitucional.

46. Sobre este concepto, vid. P. Häberle, «The Constitutional State and Its Reform Requirements», en *Ratio Juris*, vol. 13, n.º 1, 2000.

47. El literal o gramatical, el histórico, el sistemático y el teleológico.

48. La OIT tiene una Comisión de Expertos que se encarga de examinar el grado de aplicación de los Convenios y las Recomendaciones por parte de los Estados miembros. Igualmente, formula estudios generales sobre temas específicos y observaciones particulares sobre países determinados.

ropea, revelan las múltiples posibilidades de la participación jurisdiccional en la definición del contenido dogmático de los derechos sociales. Como ha sostenido el Comité de DESC:

No existe ningún derecho en el PIDESC al que no pueda, en la mayoría de los sistemas jurídicos, asignársele al menos alguna dimensión significativa de justiciabilidad.⁴⁹

Algo similar puede afirmarse con respecto a las obligaciones que los derechos sociales generan. Con frecuencia suele afirmarse que aunque la pobreza y la exclusión social son fenómenos condenables, se trata de condiciones estructurales y persistentes de la sociedad moderna que sólo pueden ser combatidas de manera «progresiva» a través de medidas legislativas y en las que las actuaciones jurisdiccionales poco tienen que hacer. Sin embargo, la lógica que ofrece el argumento es discutible.

Ante todo, porque pretende reducir las violaciones de derechos sociales a la existencia de condiciones generalizadas de pobreza y no a la producción de daños concretos imputables a los poderes estatales o privados. En realidad, una situación extendida de pobreza atribuible a los poderes públicos no basta por sí sola para originar un reclamo jurisdiccional. Pero constituye un fuerte indicio de que, como causa de una omisión o de una acción determinadas, los poderes públicos están provocando un daño a las personas susceptible, éste sí, de escrutinio por parte de un tribunal.

En segundo lugar, porque el principio de progresividad, como señalan con claridad los Principios de Limburgo, no puede entenderse en ningún caso como el derecho de los poderes públicos a diferir *sine die* el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos sociales, comenzando por las establecidas en el PIDESC. Los estados, según el Comité de DESC, tienen, como ya se ha señalado varias obligaciones de cumplimiento inmediato, además, naturalmente, de la obligación genérica de respeto, de protección y de satisfacción que deben cumplir en todo momento, en relación a todas las personas.

49. OG nº 9, punto 10.

El argumento del carácter económicamente gravoso del derecho

El argumento del carácter costoso de los derechos sociales como obstáculo para la justiciabilidad es uno de los más extendidos en la teoría de los derechos fundamentales.

A veces, este argumento se presenta como otro de los corolarios de la tesis de la contraposición entre derechos negativos, justiciables, y derechos positivos, supeditados a desarrollo legislativo previo. Sin embargo, todos los derechos humanos, sean civiles, políticos o sociales, comportan, una vez más, obligaciones mixtas, negativas y positivas, en parte no costosas, en parte costosas.⁵⁰ Ambas obligaciones admiten distintos grados de escrutinio jurisdiccional allí donde los poderes públicos incurran en incumplimientos que ocasionen perjuicios a las personas, sobre todo a los grupos más vulnerables, o menoscaben de manera objetiva instituciones de interés general que hacen posible el ejercicio de los derechos subjetivos.

El principio de la competencia presupuestaria del legislador, en efecto, no es un principio absoluto.⁵¹ Llegado el caso, los derechos de las personas pueden tener más peso que las razones de política financiera. La centralidad del principio de libertad, no sólo formal sino también material, en un sistema de derechos fundamentales, justifica la articulación de un derecho subjetivo a prestaciones materiales en ciertas condiciones. Así, se trataría de ponderar diferentes factores: por un lado, el principio de prioridad, esto es, la urgencia con la que el principio de libertad fáctica demande la prestación y, por otro, el principio de división de poderes, la competencia presupuestaria del legislador y los derechos de otras personas podrían verse afectados en caso de que se otorgara la prestación material. Salvando estas prevenciones, nada impediría, en efecto, la provisión, en casos concretos, de un alojamiento o un albergue simples, entendidos como contenido mínimo del derecho a la vivienda.

50. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, ha negado de manera rotunda que el Convenio Europeo sólo imponga obligaciones negativas. En el caso *Plattform «Arzte Fur Das Leben» c. Austria*, de 1988, sostuvo en relación al derecho a la libertad de asociación: «Una concepción puramente negativa no sería compatible con el objeto y propósito de (preceptos que) a veces requieren la adopción de medidas positivas, incluso en el ámbito de las relaciones entre individuos, si hiciera falta».

51. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. pp. 494 y ss.