

Los derechos sociales y el camino hacia su efectivo reconocimiento

José Mateos Martínez^{*}

^{*} Licenciado en Derecho por la Universidad de Murcia, becario del Departamento de Fundamentos del Orden Jurídico y Constitucional de dicha universidad, becario del Real Colegio de España en Bolonia, a un año de leer su tesis doctoral “Neoconstitucionalismo y positivación de los valores” en la Universidad de Bolonia.

Criterio Jurídico Santiago de Cali V. 10, No. 2 2010-2 pp. 9-34 ISSN 1657-3978

Recibido: 1 de septiembre de 2010

Aprobado: 11 de octubre de 2010

Resumen

Los derechos sociales consagran posiciones jurídicas imprescindibles para que la dignidad de la persona sea salvaguardada y todo individuo alcance la situación que le permita ejercer sus libertades y desarrollar su personalidad. Pese a ello, estos derechos han sufrido una completa falta de reconocimiento jurídico hasta etapas históricas relativamente recientes, y posteriormente una privación de eficacia real a pesar de ser formalmente reconocidos, debido a la falta de vías para exigirlos ante la autoridad. En el presente artículo reflexionaremos sobre la relevancia de los derechos sociales, su evolución histórica y las técnicas de protección más adecuadas y recientes que han sido elaboradas en diversos ordenamientos para garantizar el respeto a unos derechos cuya ausencia anula en la práctica el vigor de todo el arco de derechos fundamentales.

Palabras clave

Derechos sociales, garantías, cumplimiento de la Constitución, libertad real del ciudadano.

Abstract

Social rights create legal conditions that are necessary so that a person's dignity is safeguarded and everyone is allowed to exercise his or her freedoms and to develop his or her personality. In spite of this, social rights had not been recognized by law until relatively recent times, and, even after being legally recognized, they were ineffective because there were no legal actions that allowed a person to demand their enforcement. In this essay, we will consider the importance of social rights and their historical evolution. We will also analyze the most suitable and recent techniques of protection that have been created in different jurisdictions in order to guarantee the respect of these rights, whose absence annuls in practice the efficacy of the entire set of fundamental rights.

Keywords

Social rights, guarantees, fulfillment of the constitution, real freedom of the citizen.



1. Los derechos sociales: concepto y fundamento

Los derechos sociales se identifican necesariamente con las condiciones precisas para obtener una vida digna y una libertad real. De acuerdo con la clasificación hecha por Serrano Villafañe, los derechos sociales pueden distinguirse en “1) Derechos relativos al trabajo económico-social; 2) Derechos a la cogestión económica; 3) Derechos a la seguridad de la existencia; 4) Derechos relativos al desarrollo sociocultural del hombre, y 5) Derechos a la salud física y psíquica” (1977: 205). Es decir, hablamos de derechos concedidos a la generalidad de ciudadanos, trabajadores y no trabajadores, destinados a asegurarles unas condiciones de vida acordes con el inmenso valor que poseen como personas.

En el caso del trabajador, estos derechos se proyectarán sobre el ámbito laboral, que constituye la fuente de su sustento y a la vez alberga amenazas de explotación contra su persona. Pero todos aquellos individuos que por infancia, discapacidad, vejez o falta de empleo no puedan trabajar, serán igualmente protegidos por unos derechos que no pretenden discriminar entre las personas según su grado de productividad, sino garantizar su igual dignidad. Así, los derechos sociales no tienen como titular a ningún colectivo (por ejemplo, los trabajadores), sino que se reconducen a derechos individuales (Nino, 2000: 137) que deben ser reivindicables por cada uno de sus beneficiarios.

Por otro lado, debe destacarse la estrecha relación entre derechos sociales y derechos de libertad. Para que el ciudadano elija su destino, forme su criterio, se implique en el gobierno de su país [...] es imprescindible que no se encuentre atado por un sufrimiento, un desaliento, una ignorancia o una imposibilidad material de ocuparse de asuntos ajenos a su propio trabajo (como sucederá cuando éste tenga una jornada excesivamente prolongada y un trabajo agotador). Estos males, de por sí, son aberraciones inadmisibles en un Estado civilizado, pero debe destacarse lo radicalmente nocivos que resultan para la

libertad, expandiendo sus efectos destructivos hasta anular el ejercicio de los clásicos derechos liberales¹.

Y es que los derechos sociales se fundamentan precisamente en una concepción correcta de la libertad. Dice Alexy que “La libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la posibilidad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor”. Y el mismo autor admite que “bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un ámbito vital dominado por ellos” (Alexy, 2001: 486-487) debiendo ser protegidos por el Estado de aquellos poderes y centros de intereses económicos que los amenazan. Por ello los derechos sociales deben ser promovidos con la misma firmeza que las libertades públicas, pues los primeros son requisito indispensable para el verdadero ejercicio de las segundas².

¹ De acuerdo con esta argumentación, “Se puede desarrollar el principio de la interdependencia y de la indivisibilidad de los derechos, que fue plenamente reconocido por la declaración y programa de Viena, aprobado por la conferencia mundial que se llevó a cabo en esa ciudad en 1993; en el punto 1.5 de dicho documento se afirma que ‘Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes, y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso’” (Carbonell, 2008: 59).

Galletti destaca esta interdependencia incluso entre los mismos derechos sociales. Así, afirma que la salud se puede entender como “ausencia de enfermedad”, es decir, de desequilibrio interno derivado de la enfermedad, y en el sentido de la OMS como “completo estado de bienestar físico, mental y social” (2008: 259-260). Esta última visión se refleja en la declaración universal sobre la bioética y los derechos humanos de la Unesco, que exige no sólo el acceso a un servicio sanitario, sino la reducción de la pobreza, la marginación y el analfabetismo, la mejora de las condiciones de vida y ambientales, el acceso al agua y a una adecuada nutrición... (Galletti, 2008: 261).

En la misma línea, entiende Pisarello que “[d]esde un punto de vista democrático, por su parte, la demanda de legitimidad del poder comporta la existencia de mecanismos que garanticen la representatividad del poder, pero también, y sobre todo, la participación directa de los destinatarios de las reglas que rigen la comunidad en su elaboración, ejecución y modificación”, entre los cuales es esencial el respeto de los derechos sociales” (2006: 247).

² Así, mantiene García Macho que “[l]a autonomía del individuo y la capacidad de conducir su vida dependen de tres dimensiones: la cultural, la económica y la política, y constituyen una función del Estado social en la consecución de la libertad individual en condiciones de mayor igualdad [...]. Se trata de una libertad que permita, por una

Los derechos sociales y el camino hacia su efectivo reconocimiento

Pese a su común asociación con las prestaciones positivas, los derechos sociales van más allá de aquellas, si bien el elemento prestacional está más presente en esta categoría de derechos que en los clásicos derechos “de libertad”. Pero, como decimos, algunos derechos sociales no requieren prestación pública (caso de la libertad sindical) o requieren una intervención estatal no prestacional (control público de los contratos de trabajo) (Prieto Sanchís, 2000: 21).

El común denominador de los ejemplos que acabamos de citar con otros derechos sociales prestacionales como los derivados de la seguridad social, no es sino la finalidad compartida de asegurar unas condiciones materiales de vida al ciudadano que le protejan del sufrimiento arbitrario de origen social y le aseguren los recursos precisos para su autorrealización personal. Así, mediante la garantía de la libertad sindical se asegura al ciudadano un arma de autotutela esencial para lograr tales fines, y a través del control de los contratos laborales se evitan los abusos derivados de la evidente desigualdad entre las partes contratantes, que derivarían en graves perjuicios para los objetivos de protección y promoción de la dignidad humana antes citados.

De otra parte, las prestaciones no son consecuencia exclusiva de los derechos sociales, sino que se derivan también de los derechos civiles y políticos (Prieto Sanchís, 2000: 22). Resulta innegable que los servicios de las fuerzas de seguridad o el sistema judicial son prestaciones estatales derivadas de derechos como la protección de la vida, la propiedad o la integridad física. Y toda la colectividad los sustenta con sus impuestos, no siéndole posible a ningún ciudadano renunciar a tales prestaciones a cambio de reducir las obligaciones tributarias. Por tanto, quienes critican la extensión de los derechos sociales, alegando que implican financiar servicios públicos (algo inadmisibles para ciertas

parte, el establecimiento de una autonomía privada de la persona, que incluye la autonomía económica y moral, o sea, la capacidad de poder conducir la vida privada propia y, por otra, la instauración de una autonomía pública, que engloba la autonomía política y la ético-cultural, o sea, la participación en la creación de una voluntad comunitaria”. Por ejemplo, “[e]l derecho a una vivienda tiene una vertiente de salvaguarda funcional de la libertad, puesto que la posesión y disfrute de una vivienda permite al ciudadano el disfrute de derechos fundamentales de libertad como la intimidad personal y familiar o la inviolabilidad de domicilio” (2009: 76-78 y 86).

teorías liberales que reducen las obligaciones ciudadanas a no atacar activamente los bienes ajenos), deben ser conscientes de que tal financiación existe desde los comienzos mismos del Estado. Y por lógica debe extenderse a la satisfacción de todos los derechos, y no sólo a parte de ellos.

Hay quienes critican los derechos sociales afirmando que el control de su ejecución por el poder judicial limita la soberanía del legislativo, imponiéndole iniciativas y medidas concretas que sólo deberían surgir del libre ejercicio de la libertad legislativa. Pues bien, esta afirmación representa una total incoherencia, ya que tal control se da en la protección de cualquier derecho fundamental, por cuya virtud el tribunal constitucional anula decisiones del legislador contrarias al mismo³, y la genericidad o abstracción de los preceptos que recogen los derechos sociales no es mayor que la de los artículos relativos a las libertades clásicas.

Afirma Carbonell que “El surgimiento y consolidación de los derechos sociales, con todos los problemas y limitaciones que se quiera, es un aspecto propio de los ordenamientos jurídicos desarrollados, aquellos que han acogido —al menos como ideal— el paradigma del neoconstitucionalismo” (2008: 44-45) En la misma línea, dice Pisarello que “la lógica del constitucionalismo moderno sigue exigiendo la introducción de límites y controles al poder; pero no ya sólo a los poderes públicos sino también a los poderes privados, comenzando por los de mercado. Y requiere, también, la correlativa asignación de derechos fundamentales, no sólo civiles y políticos, sino también sociales, culturales y ambientales, a todas las personas, comenzando por los sujetos más vulnerables” (2006: 247). Pero este protagonismo de los derechos sociales, hoy todavía deficiente en la práctica totalidad de los

³ Como sostiene Pisarello, todos los derechos “comportan un cierto límite a las competencias normativas del legislador ¿Por qué rechazar el dogma de la absoluta discrecionalidad legislativa en un caso y mostrar tantas reticencias en el otro? Y si el problema es la desconfianza ‘democrática’ en la justicia constitucional ¿Por qué no actuar con honestidad y proponer su eliminación en lugar de proponer un doble rasero según el tipo de derechos involucrados, tan injustificado como incoherente? [...] Sin una clara identificación de las obligaciones y de los sujetos obligados, los derechos carecen de la savia que nutre su fuerza reivindicativa” (2001: 7-8).

Estados, ha surgido de un largo proceso histórico, durante una lenta y paulatina evolución que examinaremos a continuación.

2. Evolución histórica de los derechos sociales

Hasta que, a principios del siglo XX, se comienza a definir y promover el concepto de derecho social de forma más o menos seria, los derechos se habían fundamentado en el modelo patrimonialista (Courtis, 2007: 186), elaborado para ordenar las relaciones de unos ciudadanos-propietarios con otros. La misión del derecho era reconocer la propiedad del sujeto jurídico sobre determinados bienes, regulando tal situación y todo lo que pudiese derivarse de la misma (protección frente al robo, transacciones, etc.). Por ello el surgimiento de los derechos sociales resultó sumamente revolucionario en la medida en que suponía el reconocimiento de una serie de obligaciones “de dar” por parte del Estado que no se basaban en ninguna relación comercial de éste con los particulares, sino en el deber del poder político de proteger determinados ámbitos de la dignidad de sus ciudadanos. Pero un largo camino histórico antecede a este momento.

Los primeros reconocimientos de derechos sociales se hallan en la Constitución francesa de 1793, donde se consagran el derecho al trabajo y a una asistencia vital mínima. Pero las primeras constituciones que recogen los derechos sociales de un modo mínimamente amplio y generalizado son la de Querétaro (1917), en México, y la de Weimar (1919), en Alemania.

En la Constitución mexicana se reconoció el derecho a una educación pública y gratuita y a la jornada laboral de 8 horas. De otra parte, la Constitución de Weimar incluye numerosos derechos sociales en sus secciones segunda (vida social), cuarta (educación y escuela) y quinta (vida económica)⁴. Sin embargo, la ausencia de técnicas para controlar

⁴ En esta Constitución se reconoce el valor social de la propiedad (arts. 151 y 152), un aparato de institutos públicos para la formación de la juventud (art. 143), acceso a la educación media y superior para las personas sin recursos (art. 146) y un amplio sistema de prestaciones sociales por salud, edad, invalidez o maternidad (art. 161), llegando a imponer, en su artículo 153, la necesidad de que “la vida económica debe ser organizada conforme a los principios de la justicia y de modo que asegure una

la efectiva vigencia de estos derechos en la legislación (no eran reivindicables ante la jurisdicción) los convirtió en papel mojado.

Más adelante, la Constitución de la Segunda República española (1931) profundizará en el reconocimiento de los derechos sociales. Dicha constitución dispone en su artículo 46 que “La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas: las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación, la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”. Se recoge así el deber estatal de desarrollar las técnicas de protección social más avanzadas de la época hasta alcanzar un nivel de recursos y prestaciones suficiente para asegurar a cada “trabajador”⁵ su dignidad.

existencia digna del hombre, y en el caso de que no le pueda ser dada al hombre una ocupación conveniente, se le asegure los medios necesarios para su subsistencia”.

⁵ Debe destacarse la alusión a los trabajadores en la Constitución republicana, pues, en un principio, la construcción de los derechos sociales se hizo para los trabajadores, asociándolos exclusivamente a ellos. Otro ejemplo del papel central del trabajo en los derechos sociales es la Constitución soviética estalinista de 1936, que lo consagra como pilar del Estado, poniendo en relación con él todos los derechos de su título X (arts. 119 a 121) (derechos a las fiestas retribuidas, a las estructuras asistenciales para los trabajadores, a la asistencia por enfermedad de los mismos...). Sin embargo, no establece garantía alguna para reivindicarlos.

En este modelo inicial, y mediante distintos sistemas de cotizaciones, el trabajador se aseguraba el acceso a determinados servicios sociales y una pensión para su jubilación. Sin embargo, esto suponía dejar desamparados a quienes, por unas razones u otras (minoría de edad, paro, minusvalía, etc.), no pudiesen acceder al mercado laboral. Esta reducción de los derechos sociales a los trabajadores ya ha sido superada y en la actualidad existen derechos sociales primarios, reconocidos a todos los ciudadanos, y secundarios, derivados del título adquisitivo del trabajo. La titularidad subjetiva de los derechos es universal en el caso de los primeros y pertenece a los trabajadores en el de los segundos (Pezzini, 2001: p. 126). Ejemplo de ello es el artículo 38 de la Constitución italiana, que diferencia entre prestaciones a los trabajadores y asistencia social a quienes no trabajan.

Los derechos sociales y el camino hacia su efectivo reconocimiento

La presencia de derechos sociales se irá extendiendo en el constitucionalismo a lo largo del siglo XX, si bien esta tendencia sólo se generalizará a partir de la segunda mitad del siglo, tras el final de la guerra mundial. En esta segunda etapa, el desarrollo de los derechos sociales será, sin duda, mayor que en los casos de Weimar y Querétaro, multiplicándose los preceptos constitucionales que consagran sistemas educativos y sanitarios universales y gratuitos así como las prestaciones por vejez o desempleo.

Sin embargo, pese a la constitucionalización de los derechos sociales y su consideración expresa como “derechos fundamentales” en muchas constituciones, la tónica general ha sido la de no instituir sistemas de control de la realización efectiva de estos derechos verdaderamente eficaces (o, cuando han existido formalmente, usarlos de un modo tan tímido e insuficiente que ha limitado su virtualidad reformadora), lo cual ha llevado a su deficiente reconocimiento práctico.

La actual regulación de los derechos sociales se fundamenta también en gran medida en el derecho internacional y los tratados existentes en ese sentido: convenios de la OIT; Convención sobre el Estatuto del Refugiado; Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convenio Europeo de Derechos Sociales; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención de los Derechos del Niño... Gracias a estos textos y los instrumentos de control de su aplicación se están logrando numerosos avances en la vigencia de los derechos sociales. Un hito especialmente esencial ha sido la consagración de la Seguridad Social como derecho fundamental reconocido a trabajadores y no trabajadores⁶.

⁶ El Convenio 102 OIT de 1952 establece que el contenido mínimo de la seguridad social es asistencia médica preventiva o curativa y prestaciones monetarias de enfermedad, de desempleo, de vejez, en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, familiares, de maternidad, de invalidez y de sobrevivientes (Mujica Petit, 2006: 256). La SS es reconocida como derecho humano fundamental en el art. 22 de la DUDH y en el 9 del PIDESC. Como dice la OIT en su guía de educación obrera (Ginebra, 1995, p. 6), la SS es “la protección que la sociedad proporciona a sus miembros mediante una serie de medidas públicas contra las privaciones económicas y sociales [...]. La seguridad social tiene por objeto proteger a todos los miembros de la sociedad frente a todas las contingencias a que se exponen a lo largo de la vida. Por ejemplo la salud, vejez, cargas familiares, accidentes de trabajo, invalidez, muerte o

3. Los derechos sociales y sus garantías

Afirma Barbera que “La dignidad de derecho se reconoce sólo a aquellas situaciones en las cuales determinados intereses subjetivos —es decir, de individuos y grupos de individuos— sean directa e inmediatamente tutelados” a través de acciones ejercitables ante los tribunales, concluyendo que “o se trata de pretensiones accionables o no se está ante derechos fundamentales” (Barbera, 2004: 29 y 31). Partiendo de la base de que los derechos constitucionales no son negociables (Prieto Sanchís, 2000: 16) y de que los derechos sociales o bien están expresamente constitucionalizados o pueden deducirse de toda constitución que promueva la “libertad fáctica” (Alexy, 2000: 72) (es decir, el libre desarrollo de la personalidad) para la cual son requisito, las técnicas destinadas a garantizarlos se vuelven imprescindibles en los sistemas constitucionales modernos.

3.1. Garantías sociales e institucionales

Siguiendo a Courtis (2007: 196 y ss.), podemos clasificar las técnicas de garantía de los derechos sociales en dos tipos básicos: garantías de carácter social (en ellas, el instrumento de garantía se entrega al titular del derecho, sea individual o colectivo) y garantías institucionales (en las que el protagonista de la defensa del derecho es un poder público, político o judicial).

Las garantías sociales se materializan en gran medida a través de los derechos civiles y políticos, pues éstos sirven como vehículo para que la ciudadanía reclame los derechos sociales. Los mecanismos de democracia participativa (referéndum, iniciativa legislativa popular, etc.) resultan especialmente válidos, ya que permiten a la ciudadanía gestionar sus intereses sin tener que recurrir a los habituales (y muchas veces malos) intermediarios que son los legisladores. Otras técnicas de gran utilidad son el derecho a participar en audiencias públicas previas a la toma de decisiones políticas y en la formulación del presupuesto (el llamado presupuesto participativo), experimentado en países como Brasil o

desempleo, tienen que ser garantizadas obligatoriamente por el Estado, siendo éste responsable de su cumplimiento, asegurando el carácter redistributivo de la riqueza con la justicia social” (Mujica Petit, 2006: 258).

Los derechos sociales y el camino hacia su efectivo reconocimiento

Venezuela. Igualmente, en América Latina diversas organizaciones de consumidores han logrado audiencias públicas para negociar el precio de servicios básicos como la luz o el agua (Abramovich, 2006: 158).

El imprescindible complemento para el buen funcionamiento de las anteriores técnicas es el derecho de acceso a la información pública, especialmente a la relativa al empleo que se da al dinero público o a las alternativas en la realización de un derecho social. Esta información resulta de gran importancia para ejercer el derecho a la tutela judicial en materia de derechos sociales, ya que permite reivindicarlos con conocimiento de causa y rigor⁷.

Otra poderosa herramienta, y también especialmente polémica, son los mecanismos de autotutela, como el derecho a la huelga, el boicot a determinados productos por razones de precio o como protesta por la actitud poco ética de la empresa fabricante y la ocupación de tierras o viviendas vacías. Aquí el ciudadano es el protagonista, sin necesidad de recurrir a ningún mecanismo previsto por el Estado. Este tipo de acciones, que, cuando contradicen la ley, se enmarcan en la desobediencia civil, son denostadas por determinados sectores políticos y doctrinales que basan su crítica en la violación del derecho que pueden implicar en algunos casos. Pero mucho más grave que violar puntualmente la ley es vulnerar sistemáticamente la constitución negando a amplios sectores de la ciudadanía su dignidad más básica y, sin lugar a dudas, en ese contexto la desobediencia civil es una respuesta legítima, todo ello partiendo de la base de que algunas de estas acciones sólo deben realizarse en los casos en que verdaderamente se justifiquen (privación efectiva y real de un derecho social).

Incluso la ocupación de tierras por campesinos y viviendas por personas desahuciadas es una opción amparada no sólo por el derecho moral a la

⁷ Esta información fue esencial en la demanda presentada por los beduinos del Néguev debido al trato discriminatorio que recibían en relación con el derecho a la salud de sus menores. Los demandantes ofrecieron como datos la altísima tasa de mortalidad infantil en su zona y la irracional falta de un centro de asistencia infantil en comparación con las zonas próximas, y esto permitió que el Gobierno fuese condenado (Abramovich y Courtis, 2002: 173). La ausencia de información también ha llevado a la anulación de consultas a comunidades indígenas por no haberseles ofrecido previamente todos los datos relevantes (esto sucede en la sentencia SU-39 de 1997 de la Corte Constitucional colombiana).

desobediencia civil, sino por el positivizado estado de necesidad justificante. Si se arrebatara al ciudadano un derecho tan básico como la vivienda, y no tiene otra alternativa para hacerlo efectivo más que ocupar un inmueble que no está siendo utilizado, es evidente que su conducta es legítima y legal, ya que la posible violación de un derecho de propiedad discutible en cuanto a su justicia queda plenamente justificada por el sacrosanto derecho a la vivienda, íntimamente ligado a la dignidad humana, para cuya salvaguarda se realiza la ocupación como única opción posible de que no sea vulnerado. Además, estos instrumentos son en muchos casos la única arma de los excluidos para mostrar a la sociedad su situación y reclamar soluciones. La jurisprudencia argentina ha seguido esta tesis en los últimos tiempos, no sólo amparando a las personas sin hogar, sino exigiendo al Estado que cumpla su deber de darles una vivienda digna⁸.

Tratemos ahora las garantías institucionales. Courtis describe las dos principales garantías de esta clase que se dan en los ordenamientos iberoamericanos: reserva de ley (así se evita el caciquismo de las

⁸ Así, en el C/n° 40.742, “Capristo, Cristina s/ sobreseimiento”, Juzgado Criminal y Correccional nro. 5 de Capital Federal Buenos Aires. rta. 18 de diciembre 2007. La Cámara Federal argentina ratifica que “es claro que la ocupación de una casilla precaria a la vera de las vías por las que transitan permanentemente trenes demuestra el estado de excepción donde el mínimo resguardo del que es acreedor todo habitante de este suelo pareciera estar ausente (conf. c/n° 40.420, “Robles, Norma s/ Competencia”, rta. el 12/4/07, Reg. 286), y en este sentido, resulta rayano a lo perverso exigir que se acredite que quien ocupaba la propiedad lo hacía en una situación de estado de necesidad justificante o de inculpabilidad”.

En el caso “Comisión Municipal de la Vivienda contra Gianelli, Alberto Luis y Otros sobre Desalojo”, exp. 973/0 (12/09/2002), el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n.° 3 (Secretaría 5), impone al Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la paralización del desalojo de una vivienda a una familia de escasos recursos, y que está integrada por personas menores de edad, mientras no les aporte la ayuda pertinente para solucionar su situación de emergencia habitacional.

En el caso “Bermejo”, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.° 11, abril de 2004, se trata de un proceso de usurpación promovido por el Organismo Nacional de Administración de Bienes del Estado contra 60 familias que vivían en el asentamiento irregular Bermejo. El tribunal afirma abiertamente que tal pretensión criminaliza a los ciudadanos que viven en la pobreza hasta el punto de carecer de un hogar. En consecuencia, impone que el Gobierno nacional y el de la ciudad de Buenos Aires adopten medidas que permitan una solución integral y definitiva para los ocupantes del asentamiento antes de proceder al desalojo.

Los derechos sociales y el camino hacia su efectivo reconocimiento

autoridades locales y el clientelismo) y respeto al contenido esencial de los derechos, es decir, el grado de desarrollo preciso para asegurar la dignidad de su destinatario. El contenido esencial de los derechos no puede ser vulnerado por ninguna autoridad.

En relación con la salvaguarda del contenido esencial de los derechos sociales, resulta innegable que, como en todo servicio público, el presupuesto supone un elemento vital. Por ello deben promoverse los resortes necesarios para garantizar que las partidas presupuestarias sean suficientes y adecuadas, medidas como la participación ciudadana en la elaboración de los presupuestos (antes indicada) o la posibilidad de recurrir a la denuncia judicial si el presupuesto es insuficiente socialmente hablando (pudiendo el juez obligar al legislador a modificarlo). La obligación de promover los derechos sociales “hasta el máximo de recursos disponibles” establecida en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, permite evaluar si el dinero destinado a estos fines es efectivamente suficiente o el Estado incumple su obligación desviando fondos que deberían servir para el progreso social a otras partidas presupuestarias, cayendo así en una omisión inconstitucional⁹ que deberá ser corregida.

⁹ En relación con esta obligación impuesta por el PIDESC, “[l]os poderes públicos están obligados a demostrar la razonabilidad de sus actuaciones y de sus omisiones. Dicho estándar de razonabilidad, entre otros extremos, pasa por probar que están realizando el máximo de esfuerzos y hasta el máximo de recursos (normativos, fácticos, financieros) para satisfacer, al menos, el contenido mínimo o esencial de los derechos en cuestión, otorgando prioridad a los casos más urgentes y los colectivos más vulnerables” (Pisarello, 2009: 62-63). Es más, puede decirse perfectamente que el Estado está obligado a recurrir a la cooperación internacional si sus fondos son insuficientes para garantizar una vida digna a sus ciudadanos. El pacto obliga a avanzar “tan expeditamente como sea posible, y, en todo caso, a proteger a la población más vulnerable”. Y esto se traduce en las obligaciones de respetar los derechos (no obstaculizándolos), proteger a los individuos frente a los posibles ataques de terceros contra sus derechos y cumplir los derechos facilitando su ejercicio y aportando medios para ello (García Morales, 2009: 26-27).

No obstante, Abramovich considera que el PIDESC admite la regresión, pero sólo cuando resulte absolutamente imprescindible, existiendo una “presunción de invalidez o inconstitucionalidad” de la regresión y correspondiendo al Estado la carga de la prueba al respecto (Abramovich, y Courtis, 2002: 102). La no regresión puede considerarse como una de las obligaciones básicas e inmediatas que el pacto impone a los Estados, al mismo nivel de deberes como no atentar contra la libertad sindical, no poseer legislación discriminatoria, proteger a colectivos vulnerables como el de los discapacitados o los menores y asegurar la educación primaria, así como garantizar los

Ahora bien, para lograr la eficiencia en el desarrollo de los derechos sociales, se vuelven imprescindibles las garantías destinadas a su reclamación, que pueden dividirse en judiciales y administrativas.

Comenzando por las primeras, debemos destacar que es imprescindible elaborar planes de control destinados a analizar con total nitidez la repercusión efectiva de las políticas estatales y su contribución real en favor de los derechos sociales, así como órganos administrativos dedicados a su protección. A estos resortes alude Häberle cuando afirma, refiriéndose al caso alemán, que “los derechos fundamentales deben ser garantizados hoy también desde la *vertiente procesal*. Esto es especialmente visible desde la distinción de una protección de los derechos fundamentales en sentido estricto y en sentido amplio. En sentido estricto, la protección se consigue mediante audiencia jurídica y tutela judicial efectiva; en sentido amplio, a través de otros instrumentos, como, por ejemplo, el Comisionado de los ciudadanos, el Comisionado para la mujer, las Comisiones de petición, etc. A menudo la tutela judicial llega demasiado tarde, por lo que se requiere un procedimiento garantizador de los derechos fundamentales; así, por ejemplo, en el Derecho administrativo. De esta forma, los ‘intereses de los derechos fundamentales’ en sentido amplio pueden ser protegidos específicamente a través de procedimientos no judiciales” (Häberle, 1993: 157).

Los planes de fiscalización que puedan realizar estos órganos deben elaborarse partiendo de la base de que los sistemas que deben controlar (salud, sanidad, etc.) tienen una gran complejidad y perduran en el tiempo (tal y como ya señalamos antes), por lo que no deben reducirse a una evaluación a corto plazo, sino que ésta ha de ser constante y periódica, especialmente a efectos de constatar si el deber de progresividad del Estado en cuanto al desarrollo de los derechos sociales es realmente cumplido. En este sentido son muy útiles los contrainformes elaborados por organizaciones de la sociedad civil, que muestran una visión mucho más objetiva y real de la situación que la que en muchos casos reflejan los informes oficiales.

recursos judiciales para reivindicar derechos básicos y autoejecutables (los antes mencionados) y respetar el contenido esencial de todos los derechos del pacto (Abramovich, y Courtis, 2002: 82-90).

Los derechos sociales y el camino hacia su efectivo reconocimiento

Pero sin duda la protección judicial constituye la mayor garantía de respeto a los derechos sociales, por la autoridad e independencia política que tienen (o deben tener) los órganos jurisdiccionales. A continuación, analizaremos los requisitos que debe cumplir esta tutela para ser efectiva y examinaremos diversos ejemplos de derecho comparado.

3.1.1. Especial análisis de la protección judicial de los derechos sociales

a. Exigencias generales para una tutela judicial correcta

Los requisitos para hacer efectiva una correcta justiciabilidad de los derechos sociales comienzan con su plena exigibilidad ante los tribunales, en pie de igualdad con el resto de los derechos fundamentales, pues, como ya señalamos, todos comparten un mismo valor. En segundo lugar, se requiere la creación de acciones colectivas esgrimibles ante los tribunales, dado que en estos casos la situación denunciada no afecta sólo a la parte actora, sino a amplios sectores de la sociedad. Hablamos de derechos que “no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social pero sin personalidad jurídica” (Barbosa, 1992: 235) donde “los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno constituye, *ipso facto*, la lesión de toda la comunidad” (García Morales, 2009: 23).

Por último, siguiendo a García Morales, se requieren “medidas procesales que permitan el resguardo inmediato preventivo de los derechos sociales” y, por otro lado, “deberá quedar garantizada la observancia de los fallos judiciales en el menor tiempo posible” (2009: 23). Pisarello sostiene también que para volver eficaz la ejecución de las sentencias se precisa que en las mismas se incluyan medidas como “exhortar a los poderes públicos a encontrar soluciones concretas, de corto plazo, para los casos más urgentes y para los colectivos en mayor situación de vulnerabilidad (a través por ejemplo de medidas cautelares) [...], diseñar al mismo tiempo un programa de largo plazo con medidas que contribuyan a la resolución de fondo del caso [...], fijar un cronograma de cumplimiento de estas medidas por parte de los poderes públicos y de los actores privados involucrados [...], establecer actuaciones de seguimiento que aseguren su efectividad” y “controlar sucesivamente la razonabilidad de dichas medidas de cumplimiento y seguimiento” (2009: 69).

En las siguientes líneas observaremos el cumplimiento real de estas exigencias en el sistema judicial español y diversos sistemas iberoamericanos.

b. El caso español

En España, la práctica totalidad de los derechos sociales (salvo los derechos a la educación y al trabajo) son establecidos en la constitución como “principios rectores de la política social y económica” que, según la interpretación jurisprudencialmente imperante del art. 53.3 de la constitución, sólo son reivindicables si el legislador decide desarrollarlos normativamente.

Esta tesis, por útil que les resulte al Estado y a las clases altas para lavarse las manos ante la injusticia social, resulta completamente absurda, pues equivale a afirmar que existen preceptos constitucionales inútiles y carentes de vigencia, desde el momento en que no se admiten vías para obligar al legislador a respetarlos. Por ello, autores como Pisarello afirman que los derechos sociales se pueden reivindicar ante las jurisdicciones ordinaria y constitucional de acuerdo con la propia constitución. Para lograr este objetivo, Pisarello enuncia distintas tesis, todas ellas absolutamente lógicas.

Plantea el autor como primera tesis que “en la medida que todos los derechos son interdependientes e indivisibles, las distintas vías de tutela jurisdiccional previstas para los derechos civiles y políticos considerados fundamentales podrían extenderse, por conexión, a los derechos sociales. Más que postular, en definitiva, la exigibilidad jurisdiccional directa de los derechos sociales, lo que se propugnaría es su exigibilidad indirecta a partir de su vínculo, precisamente, con los derechos fundamentales clásicos” (Pisarello, 2009: 44). Esta primera teoría ha sido ya empleada, aunque de modo muy puntual, por el tribunal constitucional (TC)¹⁰.

¹⁰ Así, la STC 62/2007 establece que “en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15 CE), lo mismo que el derecho a la salud (art. 43 CE), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE)”. Es decir, a través de la conexión de los “principios rectores” de la salvaguarda de la higiene en el

Los derechos sociales y el camino hacia su efectivo reconocimiento

De acuerdo con otras teorías, los derechos sociales son directamente fundamentales al formularse como “derechos” en la constitución y por consiguiente se vuelven indisponibles, inalienables (al menos en su contenido esencial) y objeto de una aplicación extensiva de los mecanismos destinados a garantizar la eficacia jurídica de los derechos considerados fundamentales por la jurisprudencia (Pisarello, 2009: 45). Esta teoría se sustenta en la evidencia de que el título primero de la constitución, donde se engloban derechos y principios rectores, tiene el nombre de “los derechos fundamentales” dando a entender que todos los derechos allí recogidos gozan de fundamentalidad. Sin embargo, esta tesis ha sido rechazada por el TC.

Resumiendo la situación, puede decirse que, a efectos reales, los derechos sociales continúan siendo inexigibles a nivel judicial con carácter general. El máximo compromiso alcanzado por el TC es admitir, muy puntualmente, su amparo en relación con otros derechos fundamentales susceptibles de ser reclamados ante él según su jurisprudencia. Pero una tutela directa de los derechos sociales sigue siendo utópica (pese a jurídicamente posible) en nuestra jurisprudencia. La razón de ello se debe a los profundos reparos del TC a corregir las decisiones del legislador¹¹,

trabajo y de la salud con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física, el tribunal incluye su contenido en el marco de un recurso de amparo, en principio reservado para los derechos recogidos en la sección primera del capítulo segundo del título primero. El razonamiento es inobjetable, pero debemos destacar que el empleo por el TC de este criterio ha sido muy escaso.

¹¹ Un claro ejemplo lo tenemos en la STC 235/1999 (FJ 13). Esta sentencia, tras declarar inconstitucional una normativa estatal, considera que “tampoco puede este Tribunal, que no ha de hacer las veces de legislador (STC 19/1988, fundamento jurídico 8), impartir pautas o instrucciones positivas sobre lo que sólo puede ser determinado a partir del ejercicio de la libertad de configuración, sujeta a la Constitución, de las Cortes Generales [...]. Así las cosas, este Tribunal debe reiterar el inexcusable imperativo constitucional que sobre el legislador pesa en orden a la reparación con presteza de semejante situación contraria al bloque de la constitucionalidad, intervención legislativa reparadora que tras otras Sentencias y para otros ámbitos —vale recordar— no ha incurrido en demora desproporcionada (STC 45/1989). La declaración de inconstitucionalidad del precepto y la reiteración, que queda hecha, de la necesaria intervención legislativa bastan, cabe esperar en virtud del principio de lealtad constitucional, para propiciar una pronta sanación de la situación inconstitucional, no estimando este Tribunal llegado el momento de expresar un pronunciamiento de nulidad cuya eficacia quede diferida a un determinado plazo (SSTC 195/1998, fundamento jurídico 5 y 208/1999, fundamento jurídico 8)”. Es

máxime en una materia en la que no sólo debe derogar las disposiciones inconstitucionales, sino establecer directrices básicas que orienten la regulación constitucional de los derechos sociales, que, como sabemos, requieren políticas activas (Prieto Sanchís, 2000: 57).

c. Un repaso de la tutela judicial de los derechos sociales en Iberoamérica

Acerquémonos ahora al ámbito iberoamericano donde la tutela judicial de los derechos sociales ha alcanzado un gran desarrollo, sobre todo en ciertos países. Este desarrollo tiene muchas veces una base constitucional. Por ejemplo, en Venezuela la constitución consagra la justiciabilidad universal de los derechos (avance no recogido, sin ir más lejos, en la Constitución española) disponiendo en su art. 27 que “Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”. Vemos, pues, una idéntica protección para derechos civiles y sociales, positivizados y no positivizados siempre que se deriven del espíritu de la Constitución. Igualmente el art. 13.3 de la Constitución boliviana dispone que “La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros” por lo que todos son igualmente justiciables.

Otro elemento esencial para esta tutela es el reconocimiento de las acciones colectivas, ya citadas anteriormente y recogidas en diversas constituciones latinoamericanas. Así el art. 88 de la constitución colombiana establece que “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”. La misma constitución enuncia en su art. 89 que “Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que (los ciudadanos) puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la

decir, el TC, admitiendo la inconstitucionalidad de la legislación, no la deroga, y ni siquiera impone un plazo al legislador para que corrija su exceso.

Los derechos sociales y el camino hacia su efectivo reconocimiento

acción u omisión de las autoridades públicas”¹². Otro ejemplo de este desarrollo es el “mandado de segurança” brasileño (art. 5 de la constitución de 1988) que permite a los sindicatos reclamar ante el juez intereses difusos y colectivos. También la constitución venezolana consagra en su art. 26, que “toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”.

La acción de inconstitucionalidad por omisión es otra garantía vital para reivindicar los derechos sociales. A través de ella se demanda al Estado por incumplir deberes activos ligados al desarrollo de un derecho fundamental. La previsión de esta acción en las constituciones y leyes procesales constitucionales de Latinoamérica es inobjetablemente amplia¹³. Esta acción también está presente en otros textos fundamentales como la Constitución sudafricana¹⁴.

¹² La amplitud de causas por las que pueden ejercitarse estas acciones es notable. Así, la Ley 472 de 1998 colombiana prevé hasta 12 materias en las que se podrán ejercitar acciones colectivas en defensa de intereses difusos (llamadas “populares”), que van desde la “seguridad y salubridad públicas” al “acceso a los servicios públicos, y que su prestación sea suficiente y oportuna”, pasando por “el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente”. El art. 12 de esta ley legitima para realizar tales acciones, aparte de los alcaldes, el procurador general y las entidades públicas destinadas a la salvaguarda de esos intereses, a “las organizaciones no gubernamentales, populares, civiles o de índole similar”. El art. 25 autoriza al actor a reclamar las medidas cautelares precisas para que el interés legítimo sea preservado mientras transcurre el proceso, incluso si supone ordenar conductas al Estado cuando este haya sido denunciado por su omisión. Aparte de las acciones populares, y para defender lo que la ley define como intereses colectivos *stricto sensu*, están las acciones de grupo, destinadas a grupos de personas individuales (al menos 20 según la misma ley) que hayan sufrido perjuicios.

¹³ Esta acción existe, por ejemplo, en Costa Rica, (artículo 73, párrafo f, de la ley sobre la jurisdicción constitucional n. 7315 del 18 de octubre de 1989). En Brasil, el artículo 103.2 de la Constitución de 1988 establece que, una vez que el Tribunal Federal Supremo haya identificado una omisión por parte de un poder del Estado, a consecuencia de la cual se incumple una norma constitucional, se insta al poder que no ha cumplido a corregir su conducta, y, si se trata de un órgano de la Administración, el plazo que se le otorga es de 30 días.

¹⁴ En el caso Grootboom, la Corte Constitucional de Sudáfrica declaró inconstitucional el programa de vivienda del Gobierno por su manifiesta ineficacia, todo ello tras la denuncia de 900 ciudadanos por sus penosas condiciones de vida tras haber sido expulsados de unas tierras privadas donde construyeron sus chabolas (Allegritti, 2009:

Una vez observadas las anteriores premisas, centrémonos en el contenido de la jurisprudencia latinoamericana, analizando los casos argentino y colombiano. Como veremos, los jueces no tienen reparo en imponer directrices específicas o incluso prestaciones concretas al poder político, exigiéndole que las haga efectivas en un plazo de tiempo determinado. Se observa una convicción en la plena y directa eficacia de los derechos sociales fundamentales, de modo que cuando el tribunal determina que están siendo conculcados (operación para nada compleja en la mayoría de los casos) tiene la legitimidad para imponer directamente (en los supuestos más graves y perentorios, o cuando la solución sea obvia, constituyendo la única alternativa posible) medidas para restaurar los derechos vulnerados, u ordenar al legislador que las imponga, eso sí, en un plazo razonable.

Tales prácticas no implican anular la libertad del legislador, ya que “si la actuación de los poderes públicos se ajusta al estándar (de los derechos sociales), el poder judicial no entra a analizar si hubiera podido adoptarse alguna política alternativa”. Por otra parte, cuando el legislador ha incumplido el derecho social “la sentencia, lejos de constituir el final del proceso, opera como un punto de inflexión” debiendo el Estado reformar la política conforme a los criterios del tribunal, pero siendo libre de tomar el camino que prefiera siempre que sirva para lograr el objetivo (Abramovich, 2006: 154). Sólo en circunstancias excepcionales “cuando la magnitud de la violación o la falta completa de colaboración de los poderes políticos lo han justificado, los jueces han avanzado en la determinación concreta de las medidas a adoptar, a partir de su propio criterio” (Abramovich, 2006: 152) al igual que cuando sólo hay una medida lógicamente posible para salvaguardar el derecho, y por tanto, al no tener el legislador discrecionalidad para tomar otras, el tribunal está legitimado para imponerla desde un principio.

Iniciando el análisis de jurisprudencia concreta, encontramos uno de los mejores ejemplos de esta nueva visión del papel del juez como garante de los derechos sociales en la Corte Constitucional colombiana, que cuenta

317 y ss.). La corte obliga al Gobierno a desarrollar otro plan susceptible de dar resultados aceptables (es decir, de garantizar una vivienda a un amplio porcentaje de los excluidos) (Allegretti, 2009: 327) y le ordena tomar medidas de emergencia para quienes se encuentran en esa situación, pero no considera absoluto el derecho a la vivienda, admitiendo que puede no ser respetado para una pequeña parte de la población y que depende de la situación socioeconómica.

Los derechos sociales y el camino hacia su efectivo reconocimiento

con un excelente recurso para ello: el estado de cosas inconstitucional. Esta figura define una situación fáctica, provocada por la inacción del Gobierno, que contradice los principios constitucionales. Declarando dicho estado de cosas, la corte puede ordenar al Gobierno acciones positivas para acabar con una violación reiterada, grave y relativa a los derechos fundamentales de un amplio colectivo popular.

Así lo hizo en la sentencia T-153 de 1998, donde ordena, en relación con las penosas condiciones de vida de los presos colombianos y a la necesidad de elaborar un plan para superarlas, que “el gobierno deberá adelantar los trámites requeridos a fin de que el mencionado plan de construcción y refacción carcelaria y los gastos que demande su ejecución sean incorporados dentro del plan nacional de desarrollo e inversiones”.

Pero sin duda el caso más paradigmático en este sentido es la revolucionaria sentencia T-760/2008 de la Corte Constitucional colombiana. En ella, la corte aprovecha la demanda de varios ciudadanos que consideraron violado su derecho social fundamental a la salud por la política del Gobierno para establecer numerosas obligaciones positivas, responsabilidad de las autoridades públicas, que corresponden con el contenido esencial del derecho. La corte impuso al Gobierno el cumplimiento de dichas obligaciones con respecto a los demandantes y, a la vez, las estableció como un criterio general de respeto al derecho a la salud que el Gobierno no podrá violar sin verse de nuevo condenado por la corte¹⁵.

¹⁵ Veamos a título ilustrativo los derechos derivados del derecho fundamental a la salud reconocidos en la sentencia. En primer lugar, el tribunal consagra el derecho de toda persona a un servicio de salud cuando lo requiera con necesidad, un servicio que merece por su propia dignidad y que no se deriva de factores accesorios como su inclusión en un plan obligatorio de salud. Dice la sentencia que “[t]oda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, autorice el acceso a los servicios que *requiere* y aquellos que *requiere con necesidad*, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud; obstaculizar el acceso en tales casos implica *irrespetar* el derecho a la salud de la persona. El acceso a los servicios debe ser *oportuno*, de *calidad* y *eficiente*”. En segundo lugar, el ciudadano tiene derecho a un servicio de salud de calidad, aunque, por su situación económica, no pueda hacer frente a los pagos previstos en la normativa, de forma que “[l]os pagos moderadores no pueden constituir barreras al acceso a los servicios de salud para las personas que no tienen la capacidad económica de soportar el pago del mismo”. En tercer lugar, “[t]oda persona tiene derecho a acceder a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de

Entre las órdenes que el tribunal dicta para hacer efectivos estos derechos destaca la de “que se asegure el flujo de recursos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS”. Es decir, la corte se encuentra legitimada para ordenar al Estado una administración de sus recursos que salvaguarde los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Como consideran Abramovich y Courtis: “el margen de diferencia que tiene la administración para la adopción de medidas adecuadas no puede en modo alguno entenderse como una barrera insalvable para que el Poder Judicial establezca [...] la obligación de adoptar una medida juzgada como la única adecuada para garantizar el derecho social en las circunstancias particulares de un caso” (2002: 152).

Los tribunales argentinos también han optado en numerosas ocasiones por imponer obligaciones positivas al Estado para salvaguardar derechos sociales, sobre todo el derecho a una vivienda digna¹⁶. Por otro lado, los jueces argentinos, en salvaguarda de los derechos sociales, han llegado a prohibir al Gobierno la supresión de normas y proyectos sociales¹⁷. En

salud”. En cuarto lugar, se dispone que “toda persona tiene derecho, entre otras cosas, a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder integralmente a los servicios de salud que *requiere con necesidad*, como ocurre por ejemplo, cuando el acceso implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”. Por último, el tribunal establece que “las inclusiones y exclusiones del POS (Plan Obligatorio de Salud) deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad”. Es decir, deja la puerta abierta a la inclusión de nuevas prestaciones que sean realmente necesarias para conseguir estos fines.

¹⁶ En este sentido, podemos observar un caso de aplicación directa de la Constitución en el caso “Pérez, Víctor y otros c/ GCBA” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, 25/01/2001). Aquí la Cámara establece que un grupo de personas que no tenían trabajo y vivienda y que estaban utilizando los servicios del Hogar de Noche de la Ciudad de Buenos Aires, deben ser trasladadas por motivos de salud, ya que el lugar no reúne condiciones de alojamiento acordes con la dignidad humana. El tribunal funda su decisión en el derecho a las condiciones mínimas de asistencia e inclusión sociales, como derivado del principio de autonomía protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

¹⁷ Así ocurre en el caso “Ortiz Celica y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” (Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala 1.ª, 28/12/2001). El tribunal prohíbe al Gobierno de la ciudad

Los derechos sociales y el camino hacia su efectivo reconocimiento

todos los casos el tribunal argentino combina la necesaria consecución de los objetivos que protege el derecho con el respeto a las distintas vías con que el legislador cuenta para hacerlo efectivo¹⁸. Por último, debemos señalar que cuando la autoridad pública ha incumplido las directrices del tribunal argentino, éste ha empleado diversas medidas para obligarle, desde embargar parte del presupuesto público a sancionar al responsable¹⁹.

4. Conclusiones

De todo lo expuesto en las líneas precedentes se desprende que los derechos sociales representan exigencias tan vitales para la dignidad humana como lo pueden ser la libertad de expresión o el derecho de asociación, aparte de constituir requisitos imprescindibles para que tales libertades “clásicas” puedan ser ejercidas realmente. Además, su constitucionalización, sea de forma expresa o a través de los preceptos

suprimir los programas de Emergencia Habitacional y ampara la situación de un grupo de familias afectadas por la medida. Y lo hace basándose en el derecho a la vivienda digna protegido por la Constitución. Todos estos avances tienen como precedente la paradigmática sentencia del caso Comunidad Paynemil, donde el Estado fue condenado a proveer el agua potable que precisaba a una comunidad aborigen cuyas fuentes de agua estaban contaminadas. El tribunal impuso plazos perentorios para que el Estado cumpliera sus disposiciones.

¹⁸ Esto sucede en el “Caso Defensor de Derechos del Niño y del Adolescente c/ Provincia de Neuquén”, Cámara Civil de Neuquén, del 18 de octubre de 2002. En el caso se resolvió favorablemente una acción de amparo que solicitaba la afectación inmediata de una vivienda para el alojamiento del grupo familiar de una niña que padecía una grave enfermedad. La cámara revocó la orden del tribunal de primera instancia de adecuar la vivienda ocupada por la niña, dejando para el ámbito de discrecionalidad de la Administración los caminos a seguir, si bien consideramos que en este supuesto se dio un papel excesivo a dicha discrecionalidad, pues la vulnerabilidad de la menor y su necesidad de encontrarse en el ambiente donde se hallaba arraigada justificaba la medida de rehabilitar su vivienda.

¹⁹ Podemos encontrar un ejemplo en el caso “Ramallo, Beatriz c. Ciudad de Buenos Aires” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 30/09/2004). Aquí el tribunal establece una sanción pecuniaria diaria de doscientos cincuenta pesos contra el jefe de Gobierno de la ciudad de Buenos Aires, el secretario de Desarrollo Social y el presidente del Instituto de la Vivienda de la Ciudad, por haber incumplido un acuerdo judicial de garantizar adecuadas condiciones de alojamiento a unas familias beneficiarias del Programa de Emergencia Habitacional. La generalización de estas herramientas judiciales coercitivas en todos los tribunales latinoamericanos es imprescindible para que las sentencias no queden convertidas en papel mojado.

constitucionales que consagran el libre desarrollo de la personalidad como derecho del individuo, positiviza las exigencias naturales de justicia que representan tales derechos, volviéndolos jurídicamente exigibles y abriendo la puerta al reconocimiento de otros no expresamente citados en la constitución pero derivados de los reconocidos.

En cuanto a la tutela judicial de estos derechos, consideramos que representa una técnica inexcusable para lograr su efectivo respeto, que debe generalizarse convirtiéndose en compromiso con el derecho de todos los jueces. La libertad del legislador no le habilita para incumplir la constitución, límite y fundamento de sus actos. Y puede decirse que en todo país occidental donde un ciudadano o grupo de ciudadanos sufre pobreza, explotación o marginación, la constitución está siendo violada. Si los recursos que podrían dedicarse a sacarle de esa situación ilegal e inmoral están siendo empleados en sufragar bienes suntuarios para la clase política, y un juez decide obligar al Gobierno a cambiar sus presupuestos y dedicar una partida destinada a coches oficiales de alta gama a construir un albergue para personas sin hogar, el juez estará corrigiendo una situación ilícita: la que se deriva de emplear dinero público en objetivos superfluos e innecesarios mientras un objetivo constitucional, y por ello de satisfacción obligatoria, es ignorado.

Es cierto que el legislador puede tener varios caminos válidos para satisfacer el derecho social vulnerado, y por ello, siempre que todos estos caminos sean igualmente adecuados para obtener una satisfacción inmediata y duradera del derecho, será libre de optar por el que desee. Por ello el juez constitucional, en estos casos, deberá plantearle los objetivos a cumplir, ordenarle su satisfacción declarando su libertad de maniobra y, lo más importante, darle un plazo perentorio para ello. Porque sin este apremio, todo indica que el legislador hará caso omiso a tal petición. Y si incumpliese el plazo, el juez estará plenamente legitimado para imponer por sí mismo la solución concreta y ordenar su ejecución inmediata, con el fin de acabar con la situación ilícita provocada dolosamente por un legislador que ha decidido emplear su poder para violar la constitución, y por tanto debe ser corregido coactivamente.

En cuanto a la fiabilidad y el rigor de las decisiones judiciales a este respecto, debe decirse que, si se admite la competencia del tribunal constitucional para hacer valer los derechos fundamentales “de libertad”, ésta debe extenderse a los derechos sociales, pues el mismo proceso

Los derechos sociales y el camino hacia su efectivo reconocimiento

racional que lleva a una correcta interpretación de los primeros, es el aplicable a los segundos. Por otra parte, las mismas razones que llevan a confiar en el juez constitucional como guardián de la constitución frente a la posible arbitrariedad del legislador, es decir, su independencia y preparación profesional (que no deben darse por supuestas sino perseguirse a través de medidas concretas destinadas a asegurar la competencia e imparcialidad del juez constitucional) son esgrimibles para justificar su legitimidad en la defensa de cualquier precepto constitucional.

En suma, la triste costumbre de minusvalorar e incluso ignorar los derechos sociales no puede imponerse al derecho y la justicia que reclaman su reconocimiento. El respeto a la Constitución, la credibilidad del sistema y la dignidad de la ciudadanía dependen de ello. Y el único camino posible es continuar profundizando en los avances ya logrados, que hemos pretendido reflejar de modo resumido pero ilustrativo.

Bibliografía

- Abramovich, V. “La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales.” *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*. Coord. Alicia Ely Yamin. Ottawa: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (2006).
- Abramovich, V. y C. Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta (2002).
- Alexy, R. “Derechos sociales fundamentales.” *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Comp. M. Carbonell, R. Vázquez y A. Cruz Parceró. México: UNAM (2000).
- Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2001).
- Allegretti, U. *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*. Milán: Giuffrè (2009).
- Barbera, A. “‘Nuovi diritti’: attenzione ai confini.” *Corte costituzionale e diritti fondamentali*. Ed. L. Califano. Turín: Giappichelli (2004).
- Carbonell, M. “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas.” *Estudios Constitucionales* 6.2 (2008), pp. 43-71.
- Courtis, C. “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social.” *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ed. M. Carbonell. Madrid: Trotta (2007).

- Galletti, M. "Significatti e paradossi del diritto (umano) alla salute." *Diritti umani. Trasformazioni e reazione*. Ed. Silvia Vida. Boloña: Bononia University Press (2008).
- García Macho, R. J. "Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad." *Revista catalana de dret públic* 38 (2009), pp. 67-95.
- García Morales, A. "La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales." *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*. Ed. G. Pisarello, A. García Morales y A. Olivas Díaz. Albacete: Ediciones Bomarzo (2009).
- Häberle, P. "Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania." *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 1.1 (1993), pp. 149-168.
- Mujica Petit, J. "La justiciabilidad del derecho a la seguridad social en el ámbito nacional y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos." *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*. Coord. Alicia Ely Yamin. Ottawa: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (2006).
- Nino, C. S. "Sobre los derechos sociales." *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Comp. M. Carbonell, R. Vázquez y A. Cruz Parceró. México: UNAM (2000).
- Pezzini, B. *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*. Milán: Giuffrè (2001).
- Pisarello Prados, G. "¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin constitucionalismo?: Elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal." *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 5 (2006), pp. 245-278.
- Pisarello Prados, G. "La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español." *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*. Ed. G. Pisarello, A. García Morales y A. Olivas Díaz. Albacete: Ediciones Bomarzo (2009).
- Prieto Sanchís, L. "Los derechos sociales y el principio de igualdad." *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Comp. M. Carbonell, R. Vázquez y A. Cruz Parceró. México: UNAM (2000).
- Serrano Villafañe, E. "Los derechos fundamentales en la doctrina comunista." *Revista de Estudios Políticos* 216 (1977), pp. 203-212.