

**editora
unoesc**

**DERECHOS SOCIALES:
FUNDAMENTACIÓN Y GARANTÍAS**

RODRIGO GARCIA SCHWARZ

Editora Unoesc

Coordenação

Tiago de Matia

Revisão metodológica: Bianca Regina Paganini
Projeto Gráfico e capa: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S411d Schwarz, Rodrigo Garcia.
Derechos sociales: fundamentación y garantías /
Rodrigo Garcia Schwarz. – Joaçaba: Editora Unoesc,
2019.
180 p. ; 23 cm.

Bibliografia 132-180

ISBN 978-85-8422-203-2

1. Legislação social. 2. Garantia (Direito). 3. Direitos humanos. I. Título.

Doris 341.27

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Ilda Fabrís
Campus de Xanxerê
Genesio Téó

Pró-reitora de Graduação
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa,
Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria
Cleunice Frozza

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Tiago de Matia
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Jovani Antônio Steffani
Lisandra Antunes de Oliveira
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Ieda Margarete Oro
Silvio Santos Junior
Carlos Luiz Strapazzon
Wilson Antônio Steinmetz
Maria Rita Chaves Nogueira
Marconi Januário
Marcieli Maccari
Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

PRESENTACIÓN	5
1 CONSIDERACIONES INICIALES: SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS	7
2 LOS DERECHOS SOCIALES: LA NECESIDAD DE (RE) CONSTRUCCIÓN DE SU ESTATUTO DESDE UNA PERSPECTIVA GARANTISTA Y DEMOCRÁTICA	33
3 LA CONVERGENCIA Y LA COMPLEMENTARIEDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES	45
4 LA INTERDEPENDENCIA Y LA INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES	54
5 LA DETERMINABILIDAD Y LA TUTELABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES	68
6 LA EXIGIBILIDAD Y LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES	79
7 CONSIDERACIONES FINALES: LOS DERECHOS SOCIALES Y EL EJERCICIO DE LA CIUDADANÍA.....	125
BIBLIOGRAFÍA	140

PRESENTACIÓN

Si pensamos en la supremacía absoluta de la vida humana, vida que, para ser entendida como tal, debe ser digna, tenemos que pensar la vida bajo un aspecto material y, por tanto, en un estatuto privilegiado para los derechos dichos «sociales», pues los derechos sociales (económicos, sociales y culturales) hablan de cuestiones tan básicas para la vida y la dignidad humana como la alimentación, la salud, la vivienda, el trabajo, la educación y el agua. En ese supuesto, nos parece claro que la materialidad de la dignidad humana se asienta sobre el denominado «mínimo existencial», el núcleo duro de los derechos sociales, de forma que los derechos sociales son verdaderos *derechos humanos fundamentales*.

El reconocimiento de los derechos sociales no es, por tanto, un mero catálogo de buenas intenciones por parte de los Estados. Son derechos fundamentales, exigibles e imprescindibles para la vida y la dignidad humana. Sin embargo, queda mucho por hacer para que estos derechos se equiparen a los civiles y políticos en lo que se refiere a su estatuto jurídico privilegiado.

En ese contexto, hay que señalar como imprescindible la adopción de una nueva visión sobre los derechos sociales, pues la efectividad de cualesquiera derechos humanos, incluso los derechos individuales, civiles y políticos, afianzados en la dignidad y relacionados con la libertad y la autonomía de la persona, no es posible sin la garantía del mínimo existencial, condicionado económica, social y culturalmente.

Eso implica refutar el proceso de banalización (que destituye en la práctica la autoridad de los derechos humanos) y fragmentación teórica de los derechos humanos, pues la concretización de los derechos sociales no puede ser considerada separadamente de la consolidación de la democracia. La realización de la ciudadanía, imprescindible para la democracia, requiere reformas económicas, sociales y culturales para la remoción de los obstáculos que la impiden.

Hablar de derechos humanos, pues, es hablar de hacer accesibles los derechos sociales a grupos humanos que habitualmente no tendrían acceso efectivo a ellos. Es decir, se trata de abrir un camino nuevo, verdaderamente alternativo y real, a una ciudadanía no excluyente, democrática en su sentido participativo y vuelta hacia una praxis auténticamente transformadora de la sociedad. Para ponerla en marcha, sin duda es necesaria una gran energía y tesón, y también la capacidad técnica para idealizar contenidos y técnicas que permitan recapacitar sobre los derechos sociales y sus garantías.

Sabido es que las instituciones jurídicas y el derecho pueden ser instrumentos de opresión social si se apartan de la democracia, pero también que, con la democracia participativa y con la fortaleza de la ciudadanía, el derecho es una institución colectiva de liberación. Evidentemente, no puede haber ciudadanía significativa sin democracia, ni tampoco un modelo de democracia puede ser substancialmente democrático sin ciudadanía. Así pues, es necesario reconstruir algunas premisas del campo jurídico hacia un derecho planteado no solo como un instrumento de defensa social frente a los abusos, sino también como un instrumento de tutela de la propia ciudadanía en un contexto incluyente y de construcción permanente de un modelo de desarrollo más humano, más justo y más democrático, poniendo en marcha actos concretos y orientados a la plena efectividad de los derechos sociales, por todos los medios posibles, empleando el máximo de los recursos disponibles.

Lo que pretendemos en este trabajo, pues, es aportar una luz para la comprensión de que los derechos sociales son derechos humanos fundamentales, colaborando en el planteamiento de una propuesta para crear y exigir política y jurídicamente unos derechos sociales pensados desde otro lugar, de forma crítica y humanista, así como ayudar a que, de alguna forma, pueda pensarse en superar la apatía social de nuestros días por una rebeldía emancipadora y transformadora.

1 CONSIDERACIONES INICIALES: SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Uno de los grandes avances del constitucionalismo social contemporáneo lo constituye el haber dotado de fuerza vinculante a la normativa internacional de derechos humanos, hecho que hace que los contenidos normativos propios de los derechos humanos sean derecho obligatorio supralegal, eje fundamental, en general con rango constitucional, que debe ser aplicado por los funcionarios estatales y efectivamente respetado por los particulares. Así las cosas, más allá del complejo debate jurídico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno –monismo y dualismo, es cierto que, con mayor o menor énfasis, las constituciones contemporáneas tienen cláusulas que confieren una fuerza especial a los tratados internacionales de derechos humanos¹ por una razón muy sencilla: la apuesta por un estado social y democrático pasa necesariamente por una concepción de la democracia constitucional como un sistema profundamente anclado en los derechos humanos. Son los derechos humanos –o, más bien, el efectivo respeto a los derechos humanos– los que constituyen, por tanto y en la actualidad, el principal referente para evaluar la legitimidad de un ordenamiento jurídico-político.²

¹ Esta tendencia parece comenzar con la Constitución Portuguesa, con su conocido artículo 16, que establece que «*Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*» (los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros constantes de las leyes y de las reglas aplicables de derecho internacional) y que «*Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*» (los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos). En América Latina, la Constitución Peruana de 1979 parece innovar en ese tratamiento especial a los tratados de derechos humanos, seguida por las constituciones de Guatemala de 1985 y de Nicaragua de 1987. Las constituciones contemporáneas de otros países, como Brasil, España y Venezuela, muestran con mayor o menor grado esta tendencia del constitucionalismo social contemporáneo, y en especial del constitucionalismo social iberoamericano, a reconocer un estatus y una jerarquía particular a los tratados de derechos humanos.

² Así es que, en el ámbito del constitucionalismo social contemporáneo, el tratamiento especial y privilegiado a los derechos humanos se justifica a partir de una afinidad axiológica y normativa profunda entre el derecho internacional contemporáneo, que a partir de la Carta de las Naciones

Sin embargo, este tratamiento especial de los tratados de derechos humanos también se justifica porque dichos tratados tienen notables especificidades éticas y jurídicas. En efecto, mientras que, en general, los tratados del tipo tradicional establecen obligaciones recíprocas entre los estados y se acuerdan en beneficio de los mismos, los tratados de derechos humanos tienen la particularidad de que los estados los adoptan aunque no sean sus beneficiarios ni destinatarios, por la sencilla razón de que dicha normatividad está dirigida a proteger la dignidad de la persona: los tratados de derechos humanos persiguen el establecimiento de un orden público común de las partes que no tienen por destinatarios a los estados, sino a los individuos; no son tratados del tipo clásico, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los estados contratantes, y su objeto es la protección de los derechos fundamentales de todos los seres humanos, independiente de su nacionalidad, tanto frente a su propio estado como frente a los otros estados signatarios.

Además, al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los estados se someten a un orden legal dentro del cual, por el bien común, asumen obligaciones no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción, ya sean nacionales o extranjeros. Ese punto ha sido resaltado de manera reiterada por la jurisprudencia de los tribunales³ y tiene, al menos, una consecuencia jurídica trascendental: el principio de reciprocidad no se aplica bajo ningún pretexto a los tratados de derechos humanos, de forma que un estado no puede alegar el incumplimiento de un tratado de derechos humanos por otro estado con el fin de excusar sus propias violaciones de estas normas. Esto es así por

Unidas y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sitúa a los derechos humanos en su cúspide, y el derecho interno, que ubica de modo equivalente a los derechos constitucionales y fundamentales: es natural que las constituciones contemporáneas enfatizen esa afinidad confiriendo un estatus especial a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

³ V., entre otras, la Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951 a la Corte Internacional de Justicia sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Sentencia del 7 de julio de 1989 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Soering* c. Reino Unido, n. 14038/1988.

la sencilla razón de que dichos tratados tienen la particularidad de que sus reglas constituyen garantías en beneficio de las personas: se imponen obligaciones a los estados, pero no para su beneficio mutuo, sino para amparar la dignidad humana. Por tanto, los estados no pueden invocar su soberanía interna para justificar violaciones a los derechos humanos, porque tienen el compromiso de respetarlos.⁴

Las anteriores razones para el tratamiento especial de los tratados de derechos humanos se ven fortalecidas si se tiene en cuenta, además, que en el ordenamiento internacional que se estructura tras la Segunda Guerra Mundial, el respeto de los derechos humanos es considerado como una cuestión que afecta y preocupa directamente a la comunidad internacional, y que, por ende, establece progresivamente mecanismos para la protección de estos derechos. Este tratamiento constitucional especial y privilegiado de los tratados de derechos humanos tiene, a su vez, dos consecuencias normativas muy importantes que son también suplementarias en la justificación de esta técnica constitucional.

De un lado, en términos jurídicos, ese tratamiento permite sacar, al menos en parte, a los tratados de derechos humanos del complejo debate sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en la medida en que la propia constitución suele atribuir una fuerza especial a las normas internacionales de derechos humanos (que se tornan en derechos constitucionales y derechos fundamentales⁵ al ser

⁴ El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados señala que ningún estado que firme tratado alguno puede dejar de cumplirlo invocando su derecho interno. Según Dulitzky (apud MARTIN; RODRÍGUEZ; GUEVARA, 2004, p. 91), en cuanto a los tratados de derechos humanos, «La naturaleza particular de este tipo de convenios justifica el tratamiento especial que diversas constituciones [...] dispensan a los derechos internacionalmente protegidos por tratados. Es obvio que no será lo mismo el efecto interno e internacional que produzca la ratificación de un tratado internacional general que la de un tratado de protección de derechos humanos. Esta es una de las justificaciones por las que los constituyentes se preocupan por dar un tratamiento especial a las convenciones internacionales de derechos humanos».

⁵ No por casualidad, la expresión «derechos humanos» es generalmente empleada por el sensu común en el sentido de «derechos fundamentales» y viceversa: es evidente el grado de incertidumbre con que las expresiones «derechos humanos» y «derechos fundamentales» son utilizadas, incluso en la propia Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que, si bien impone a los estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas, contiene en su artículo 8 la expresión «fundamentales» para referirse a los derechos conferidos al individuo por la constitución o por las leyes. En el artículo 16.3 define la familia como núcleo

institucionalizados), sin perjuicio del lugar jerárquico que puedan tener los otros tratados en el ordenamiento jurídico interno. Esto significa que un ordenamiento constitucional puede conferir jerarquía constitucional a las normas internacionales de derechos humanos sin que eso signifique obligatoriamente que todos los tratados tienen dicha jerarquía.⁶

De otro lado, y directamente ligado a lo anterior, ese tratamiento interno favorable de los tratados de derechos humanos permite una retroalimentación permanente y dinámica entre el derecho constitucional y el derecho internacional en el desarrollo de los derechos humanos. Así, las constituciones quedan, en cierta medida, vinculadas de forma casi automática a los desarrollos internacionales de los derechos humanos por el reenvío que el texto constitucional hace al derecho internacional de los derechos humanos.⁷

A su vez, y teniendo en cuenta que los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas son una de las fuentes reconocidas del derecho internacional (conforme lo señala el artículo

natural o «fundamental», en el artículo 21.3 señala la voluntad popular como fundamento (base) de la autoridad y en el artículo 26.2 determina que la educación ha de orientarse al «fortalecimiento del respeto a los derechos del hombre y a las libertades fundamentales». Por otra parte, también dispone su preámbulo «derechos humanos y libertades fundamentales». Pero, aunque la expresión «derechos humanos» es absoluta, o sea, concierne al hombre independientemente de todo contexto y de cualquier otra especificación, la expresión «derechos fundamentales» es, por el contrario, plausiblemente abierta y relativa. Es decir, cuáles son los derechos fundamentales desde el punto de vista de su contenido es obviamente una decisión sobre todo ética: para un conjunto de derechos, se puede (o debe) decir que son fundamentales. Si para los derechos humanos se asume la inviolabilidad absoluta en cualquier estado o cultura, también de los llamados derechos fundamentales se podría pretender la inviolabilidad, pero solo en el ámbito en que sean «fundamentales». Para más consideraciones sobre las distinciones entre los derechos «humanos» y los derechos «fundamentales», v. Ferrajoli (2005, p. 76 y ss.), Humphrey Marshall y Bottomore (1998) y Peces-Barba Martínez (1995).

⁶ Así, la Constitución Argentina, después de la reforma constitucional de 1994, establece que, como regla general, los tratados no tienen rango constitucional, aunque tienen jerarquía supralegal; sin embargo, esa misma reforma confiere rango constitucional a un listado específico de tratados de derechos humanos y posibilita que otros tratados de derechos humanos accedan a ese rango si el Congreso así lo determina por una mayoría calificada. Igualmente, en el caso brasileño, después de la reforma constitucional de 2004 se estableció la posibilidad de que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos accedieran al rango constitucional si son aprobados, en cada casa del Congreso, en dos turnos de votación por tres quintos de los votos de los respectivos miembros. En Colombia, la Corte Constitucional ha precisado que algunos tratados, como los de derechos humanos, tienen un tratamiento constitucional privilegiado e integran el bloque llamado «bloque de constitucionalidad».

⁷ Cf. Méndez Silva (2002, p. 374 y ss.).

38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia),⁸ resulta entonces razonable que el derecho internacional tenga en cuenta los avances del derecho constitucional en materia de derechos humanos para el propio desarrollo del derecho internacional, pues la adopción constitucional generalizada de determinadas normas de derechos humanos puede ser considerada como una expresión del establecimiento de un principio general de derecho.

Así pues, se ha desarrollado, al menos en materia de derechos humanos, un verdadero «derecho constitucional internacional» o «derecho de los derechos humanos»⁹ que surge de la convergencia dinámica entre el derecho constitucional y el derecho internacional, que se auxilian mutuamente en la protección de la dignidad humana. El desarrollo del derecho de los derechos humanos es, entonces, dinamizado tanto por el derecho internacional como por el derecho constitucional, debiendo el intérprete optar, en función del principio de favorabilidad (*pro homine*), por la norma más favorable a la realización de la dignidad de la persona.¹⁰

La técnica de tratamiento constitucional privilegiado y especial a los tratados de derechos humanos permite a los jueces nacionales aplicar directamente, y de manera preferente, esos estándares internacionales sin tener que entrar obligatoriamente en el debate sobre si la constitución acoge las tesis monistas, dualistas o de la integración sobre las relaciones

⁸ «La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59».

⁹ Como señala Dulitzky apud (MARTÍN; RODRÍGUEZ; GUEVARA, 2004, p. 34), la expresión «derecho de los derechos humanos» es de Ayala Corrao, mientras que la expresión «derecho constitucional internacional» es defendida contemporáneamente por Flavia Piovesan.

¹⁰ En el plano material no hay que hablar (o es irrelevante hacerlo) de jerarquía entre las normas de derechos humanos, pues siempre será aplicable (en el caso concreto) la que más amplíe el goce de un derecho, de una libertad o de una garantía. Materialmente hablando, por tanto, no es el estatus o posición jerárquica de la norma lo que vale, sino su contenido (porque siempre predominará la que más asegure el derecho).

entre el derecho internacional y el derecho interno.¹¹ Si la constitución es norma aplicable y dichos tratados están integrados en ella, entonces está claro que el operador jurídico debe aplicar internamente las normas internacionales de derechos humanos.¹²

Pero ¿de qué tipo de normatividad estamos hablando cuando hablamos de «derechos humanos»?

Los «derechos humanos», expresión que pertenece a los ámbitos de la filosofía política y del libertades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a todo ser humano por el sencillo hecho de su condición humana, para la garantía de una vida con dignidad,¹³ son, pues, independientes de factores particulares, como el estatus, sexo, etnia o nacionalidad de la persona. Desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos se han definido como las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad que permita a los individuos ser personas, identificándose consigo mismos y con los otros.¹⁴

Habitualmente, los derechos humanos se definen como inherentes al hombre, irrevocables, inalienables e irrenunciables.¹⁵ Por su propia definición, el concepto de derechos humanos es universal (para todos los seres humanos) e igualitario, así como incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, pueblo, grupo o clase social y, por tanto, con sistemas de clasificación o jerarquización de

¹¹ Esto no significa que ese debate no tenga ninguna relevancia en este campo de los derechos humanos, pues sigue teniendo importancia. Sin embargo, el mencionado tratamiento constitucional privilegiado de la normativa internacional de derechos humanos facilita enormemente su aplicación por los operadores jurídicos nacionales, que ya no conocen los dilemas que podrían enfrentar anteriormente los jueces nacionales.

¹² Cf. Graham y Vega (1996, p. 42 y ss.).

¹³ Cf. Papacchini (2005, p. 44). De forma similar, Santiago Nino (1989, p. 40).

¹⁴ Cf. Morales Gil de la Torre (1996, p. 19). Para Helio Gallardo y Joaquín Herrera Flores, los derechos humanos se sustentan en las tramas sociales, en las relaciones y experiencias intersubjetivas. Según Gallardo (2000), el fundamento de los derechos humanos son las transferencias de poder que se producen entre los grupos sociales, así como las instituciones en que se articulan y las lógicas que inspiran las relaciones sociales. Estas transferencias de poder pueden hacerse o no efectivas, y ser más o menos precarias. Para Herrera Flores (2000), en una línea similar, los derechos humanos son las prácticas y medios por los que se abren espacios de emancipación que incorporan a los seres humanos en los procesos de reproducción y mantenimiento de la vida.

¹⁵ En ese sentido, v. Thierry *et al.* (1986).

las personas. Los derechos humanos, herederos de la noción de derechos naturales, son una idea de gran fuerza moral y con un respaldo creciente: la doctrina de los derechos humanos se extiende más allá del derecho y conforma una base ética y moral mínima que debe fundamentar la regulación del orden geopolítico contemporáneo.¹⁶

Los derechos humanos han pasado desde una universalidad abstracta, propia del «iusnaturalismo», hacia una particularidad concreta, que corresponde a su positivización en los estados, para finalizar en una universalidad concreta, adscrita a la positivización a nivel internacional.¹⁷ Se habla de universalidad abstracta porque los derechos humanos se predicen para todos los seres humanos, pero la concreción de su sentido es todavía precaria. Este último aspecto es el que evoluciona hacia referentes específicos que, a la postre, se universalizan. Cuando los derechos humanos se consideraban únicamente como derechos «naturales», la única defensa posible contra su violación por parte del estado era el denominado «derecho de resistencia». Posteriormente, las constituciones que reconocieron la protección jurídica de algunos derechos hicieron que el derecho de resistencia se transformara en un derecho positivo para promover una acción judicial contra el estado. A la postre, las declaraciones universales surgieron con el objeto de amparar

¹⁶ Más allá de las tesis positivistas revisadas por autores como Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart y Norberto Bobbio, la teoría dualista de los derechos, formulada por Peces-Barba (cf. Ramos, 2006), que incorpora algunos elementos propios del iusnaturalismo, concibe los derechos como la encrucijada entre lo jurídico y lo ético, y como traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad, al tiempo que legitimadores de los poderes públicos. La teoría del garantismo jurídico, defendida por Ferrajoli (1990), afirma que el estado de derecho posee una legitimación formal y otra material: la legitimación formal hace referencia al imperio de la ley; la legitimación material, a la vinculación de todos los poderes del estado a la satisfacción de los derechos fundamentales, de los cuales, según el jurista italiano, los derechos humanos son una subclase. Para más consideraciones sobre este punto de vista, v. Torre Rangel (2006, p. 167 y ss.)

¹⁷ De hecho, los derechos humanos tienen una creciente fuerza jurídica, en tanto que se integran en las constituciones y, en general, en el ordenamiento jurídico de los estados. También, en el ámbito de la comunidad internacional, por su reconocimiento en numerosos tratados internacionales –tanto de carácter general como sectorial, universal y regional–, y por la creación de órganos jurisdiccionales, casi-jurisdiccionales o de otro tipo para su defensa, promoción y garantía. Además, debido a su aceptación, diversos derechos humanos se consideran parte del derecho internacional consuetudinario, tal y como han afirmado órganos internacionales como el Comité de Derechos Humanos o la Corte Internacional de Justicia.

a aquellos ciudadanos de los estados que no reconocían los derechos humanos como derechos dignos de protección.

Así es que los derechos humanos son el producto no de la naturaleza, sino de la civilización (cultura) humana. Además, como derechos claramente históricos, son cambiantes, es decir, susceptibles de transformación y de expansión: así pues, en una primera etapa de positivización, el énfasis se concentra en documentos y mecanismos de protección generales; al contrario, durante las últimas décadas, los avances se proyectan en documentos específicos que intervienen sobre asuntos más concretos y protegen a poblaciones específicas.

Así pues, la Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha convertido en una referencia clave en el debate ético y político actual, y el lenguaje de los derechos se ha incorporado profundamente en la conciencia colectiva de muchas sociedades. Sin embargo, existe un permanente debate en el ámbito de la filosofía, de las ciencias políticas y del derecho sobre la naturaleza, fundamentación, contenido e, incluso, existencia de los derechos humanos, y si tales derechos son, o no, derechos atemporales e independientes de los contextos sociales e históricos. Surgen también problemas en cuanto a su eficacia, pues existe una gran desproporción entre lo violado y lo garantizado estatalmente. Además, los varios debates contemporáneos sobre la validez y la legitimidad de las grandes proclamaciones de derechos humanos oscilan habitualmente entre la cuestión del alcance universal de los derechos catalogados como humanos y la particularidad de ese catálogo al referirse a una experiencia histórica singular de cada sociedad, grupo o cultura, su diversidad y sus referencias de identidad y memoria, e incluso, sus formas de expresión y sus modos de crear, hacer y vivir.

De ese modo, el catálogo de los derechos universales del hombre y del ciudadano parece pertenecer al espacio de la cultura occidental; al menos, desde las últimas décadas del siglo XVIII. Las declaraciones que enuncian los derechos humanos y universales se caracterizan hondamente, pues, por el contrapunto ente el universal y el particular,

así como por el binomio eurogénico-eurocéntrico. El catálogo de los derechos humanos existe con la pretensión de valer para todo y cualquier ser humano bajo cualesquiera circunstancias. En ese sentido, su carácter universal abstrae a los seres humanos de la realidad concreta (histórica) en que efectivamente viven. Si, de hecho, el argumento universalizante acepta sin mayores objeciones el origen europeo del catálogo de derechos humanos, tal como ha sido enunciado y reproducido desde 1776 con ciertas variaciones,¹⁸ no admite bajo ninguna circunstancia que ese carácter universal pueda ser relativizado, posición que se fundamenta en una premisa metafísica: la experiencia europea permitiría la inducción completa del concepto «hombre».

Así es que la perspectiva particular (o culturalmente relativa) de los derechos humanos se restringiría a la circunstancia del origen, la asertiva de que la experiencia originaria de Europa y de su cultura-mundo en las últimas décadas del siglo XVIII marcó de forma concluyente el catálogo de derechos del hombre. Bajo tal premisa, y dado el exitoso itinerario de la adopción sistemática de la metodología eurocéntrica de los derechos humanos, sobre todo desde 1948,¹⁹ los elementos que definen y distinguen las particularidades culturales de cada grupo o sociedad pasaron a ser habitualmente percibidos como «diferentes» o «extraños».²⁰

Este debate, si no verdadero dilema, se volvió constante en los últimos cincuenta años en función del choque moral y político de los

¹⁸ El 15 de mayo de 1776, la Convención de Virginia declaró la independencia de las colonias norteamericanas del Imperio Británico. Poco después, la adoptó la Declaración de Derechos de Virginia, un documento que influyó en la Declaración de Independencia y en la Declaración de Derechos. La Declaración de Virginia es el primer documento de la historia occidental que contiene un catálogo específico de derechos del hombre y del ciudadano. Otro impulso trascendental a la causa de los derechos humanos ocurrió en París, tras las históricas jornadas de 1789, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Constituyente francesa y aceptada por el Rey de Francia el 5 de octubre de 1789, y con la Declaración de 1793, votada por la Convención Nacional francesa el 23 de junio de 1793 e incorporada como preámbulo a la Constitución de 24 de junio de 1793. Con la Revolución Francesa, el castillo del feudalismo se derrumbó con todos sus privilegios y surgió una nueva concepción del derecho, basada en la idea de que los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley.

¹⁹ El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

²⁰ Cf. Kluxen (1997, p. 11-26) y Bielefeldt (1997, p. 256-268).

grandes sistemas políticos autoritarios europeos del siglo XX y de las atrocidades por ellos cometidas, que aún se hacen sentir en el presente y que dieron lugar a la institución de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como foro político internacional sobre la base de la proclamación universal de los derechos humanos.

La historia de los derechos humanos, en verdad, es la historia de una «macroética de la humanidad»,²¹ inédita y todavía en construcción en nuestros días, cuya relevancia práctica es reconocida, sin embargo, en diversos ámbitos geopolíticos, sociales y culturales. Las grandes controversias que esa misma historia revela indican, además, de qué forma las cuestiones filosóficas de su fundamentación, aparentemente abstractas a pesar de su alejamiento de la realidad empírica (o, quizá, por eso mismo), pueden tener un gran valor para esa realidad.

Esa constatación tal vez puede explicar el ardor con que ciertos filósofos criticaron los derechos humanos, mientras que otros pensadores los festejaban con entusiasmo como el legado más importante que el espíritu occidental había dejado para una humanidad que progresa lentamente.²² De hecho, la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas produjo profundas alteraciones en el ordenamiento jurídico internacional. Pero no solo eso, sino que influyó también en numerosas constituciones de todo el mundo y en las condiciones de relación bajo las cuales los estados soberanos de hoy en día actúan como actores colectivos en la arena internacional, con gran éxito práctico.²³ Desde entonces, fueron tantas y tan diversas las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas, las declaraciones oficiales y las constituciones de estados que remiten a esa declaración, que una parte importante de sus contenidos –las libertades fundamentales y los derechos económicos, sociales y

²¹ En ese sentido, v. Apel (1992).

²² En ese sentido, v. Waldron (1987).

²³ En ese sentido, v. Maxwell (1990) y Jones (1989).

culturales del hombre ante el poder estatal— puede ser considerada como componente esencial del derecho internacional.

Los derechos humanos comienzan, tanto históricamente cuanto en el orden racional de sus fundamentaciones, como un conjunto finito de deberes morales, para quienes se pretende (en nombre de todos y para todos los hombres) validez universal. Está de acuerdo con las premisas de esa formulación que es posible superar el carácter particular de los derechos humanos hasta una pretensión más universal.

A la particularidad de los contenidos, que nos dan razones para universalizar esos deberes morales, pertenecen determinadas experiencias colectivas dramáticas de injusticia y destrucción de vidas y de otras innumerables humillaciones, que se revelaron —y por veces luego nuevamente se velaron— a lo largo de recientes procesos históricos, experiencias y tiempos que nunca deberían volver. Se trata de experiencias amargas, profundamente indignas para el hombre.²⁴ Así pues, las experiencias colectivas de extremo sufrimiento, llamadas «historias tristes»,²⁵ están hondamente arraigadas en la historia del siglo XX, pródigo en guerras, dictaduras y genocidios desde su inicio a su final,²⁶ objetos de sucesivas interpretaciones morales, y constituyen la

²⁴ Cf. Margalit (1997, p. 141 y ss.).

²⁵ Uno de los ejemplos más notorios de esas experiencias son los campos de trabajo forzado de la Alemania nazi, destinados a la custodia, si no al exterminio deliberado, de minorías étnicas y religiosas y de presos políticos, como los campos de Dachau, Buchenwald y Sachsenhausen, en Alemania, Mauthausen-Gusen, en Austria, y Auschwitz-Birkenau y Treblinka, en Polonia. En España, las experiencias de sufrimiento derivadas del régimen franquista dejaron heridas que incluso hoy siguen abiertas: el régimen franquista se valió, entre 1936 y 1947, de campos de trabajos forzados, si no de exterminio velado, destinados a la guarda no solo de presos comunes, sino de presos políticos y minorías sexuales, como los campos de Los Merinales, en Sevilla, Miranda de Ebro, en Burgos y Castuera, en La Serena.

²⁶ El siglo XX es pródigo en genocidios, de su inicio a su final: entre 1904 y 1907, los alemanes exterminaron a los *hererós* en el Sudoeste africano (Namibia), inaugurando el primer genocidio del siglo XX, que, al lado de otras «políticas» coloniales, sirvió de modelo para el genocidio de los judíos y de otras minorías étnicas por la Alemania nazi; ya al final del siglo, en 1994, en Ruanda, ocurrió una masacre que duró 100 días y dejó 800.000 muertos cuando soldados franceses enviados por la Organización de las Naciones Unidas para establecer una zona protegida en este país habrían permitido que extremistas *hutus* entrasen en campos de la minoría *tutsi*. Esas «historias tristes» no se inician, sin embargo, en el siglo XX: el genocidio marcó toda la experiencia de la expansión colonialista europea, aunque solamente haya chocado con los pueblos europeos cuando, en el auge de los embates oriundos del capitalismo industrial de siglo XX, llegó al propio suelo europeo. Así es que las *plantations* usadas a gran escala por los europeos en sus colonias no eran más que

base del llamado «saber moral» negativo.²⁷ Para los que disponen de ese saber, está muy clara la exigencia de implantar la protección necesaria para evitar que se repitan esas experiencias de persecución y sufrimiento colectivo bajo la forma de la tesis normativa del ordenamiento jurídico del derecho positivo.²⁸

Así las cosas, una importante crítica actual a los derechos humanos ciertamente a ser tomada en serio y hasta hoy no resuelta ni tampoco silenciada por las crisis del capitalismo contemporáneo (quizá agravada dramáticamente con la invasión de los países occidentales a los países del Golfo Pérsico), afirma que la declaración de 1948 consagró sistemáticamente las representaciones valorativas individualistas, secularizadas y liberales del acervo de valores de la «cultura occidental». Así pues, la pretensión de validez universal de los derechos humanos sería una perpetuación ideológica de la colonización: la globalización de los textos normativos de los derechos humanos modernos iniciada en 1948 no sería solamente eurogénica (de lo que no quedan dudas), sino igual e irreparablemente eurocéntrica.

La Carta de Banjul (Declaración Africana de los Derechos Humanos), de 1981, comienza con los derechos y los deberes de los hombres y de los pueblos. En ese sentido, el conocido debate de Valladolid, entre Bartolomé de las Casas y Juan de Sepúlveda, y, después, los estudios académicos jurídico-teológicos de la Escuela de Salamanca, destinados a encontrar el lugar de los indígenas americanos en la cadena de la existencia

verdaderos campos de concentración y de trabajos forzados, y sirvieron de laboratorio para lo que algunos regímenes autoritarios intentarían implantar en la propia Europa desde los años 1930, incluidos el régimen franquista y el nazi. Pero esas experiencias se radicalizan en el siglo XX: como señala Bauman (1998, p. 32), el mundo hobbesiano del holocausto no emergió desde una sepultura demasíadamente rasa, sino que apareció montada en un vehículo de producción industrial, empuñando armas que solo la ciencia más avanzada podría suministrar y siguiendo un itinerario planeado por una organización científicamente administrada. La civilización moderna (y el capitalismo industrial) no fue la condición *suficiente* del holocausto; fue, sin embargo, con certeza, su *condição necesaria*.

²⁷ Esa observación se basa en la llamada «psicología evolutiva de la moral», según la cual podemos admitir que la fuerza coercitiva del deber moral imponga al individuo formas de comportamiento aprendidas en «historias tristes». En ese sentido, v. Edelstein y Nunner-Winkler (1998).

²⁸ Según Habermas (2003, p. 124), en la mayoría de los artículos referentes a los derechos humanos resuena el eco de una injusticia sufrida que pasa a ser negada, por así decirlo, palabra por palabra.

y en la orden social de un estado colonial emergente, culminaran en la enunciación de los «derechos de los pueblos», antepasados de los derechos del hombre y del ciudadano, que permitieron clasificar a los indígenas como vasallos del rey de España y siervos de dios.²⁹ La Declaración de 1948 comienza con los elementos individualistas, de carácter normativo, de la Revolución Francesa: libertad, igualdad y fraternidad de todos los hombres. Además, la Declaración Universal de los Derechos Humanos enuncia el fundamento de la autoridad normativa de los derechos humanos formulados en sus varios artículos: la dignidad humana de los seres humanos capaces de moralidad.³⁰ La Carta de Banjul adopta el mismo tipo de argumento, pero cambia el sujeto de los derechos en sus artículos 19 y 20.³¹

La interpretación del contenido normativo de los textos de derechos humanos proclamados depende así, de forma decisiva, de la dignidad humana de los seres individuales, personales y capaces de moralidad; es ese el espíritu de la concepción clásica de los derechos humanos para el liberalismo político, que concentra toda su relevancia en la defensa del individuo contra el estado y en los derechos de participación política del individuo dentro del aquel.

Otra vertiente de esa dependencia está en colocar, o no, en el centro de los criterios de decisión sobre la relevancia de los derechos humanos a comunidades políticas o étnicas concretas –los «pueblos»– y su derecho a un desarrollo equilibrado, participativo y distributivo de sus recursos. Es esa la perspectiva característica de la Declaración de Banjul,

²⁹ Cf. Mignolo (2003, p. 84).

³⁰ «Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

³¹ «Artículo 19. Todos los pueblos serán iguales; todos disfrutarán del mismo respeto y tendrán los mismos derechos. Nada justificará la dominación de un pueblo por otro. Artículo 20. 1. Todos los pueblos tendrán derecho a la existencia. Tendrán el incuestionable e inalienable derecho a la autodeterminación. Decidirán libremente su estatus político y procurarán su desarrollo económico y social según la política que ellos mismos hayan escogido libremente. 2. Los pueblos colonizados u oprimidos tendrán derecho a liberarse de las ataduras de la dominación recurriendo a cualquier medio reconocido por la comunidad internacional. 3. Todos los pueblos tendrán derecho a la ayuda de los estados firmantes de la presente Carta en su lucha por la liberación de la dominación extranjera, ya sea política, económica o cultural».

tributaria de una visión comunitarista y desarrollista de la sociedad y de la economía.

Una revisión modernizadora de los derechos humanos que recurra a la argumentación crítica y a la concertación social e internacional, conciliando esas diferentes vertientes, podría activar mecanismos de formación de opinión pública críticos y políticamente relevantes, que puedan actuar en todos los planos nacionales, internacionales y comunitarios, regionales y suprarregionales, institucionales e interinstitucionales, restaurando el punto inicial de partida de los derechos humanos, que fue el germen del liberalismo político.

Sin embargo, es importante señalar que liberalismo político y liberalismo económico no coinciden.³² El cerne moral del liberalismo político permanece en la concepción discursiva de los derechos humanos: corresponde a la exigencia de que todos los procesos de autodeterminación colectiva deban ser normalizados por el problema a que se refieren, así como, en ellos, la libertad de autodeterminarse (autonomía) de cada uno debe ser preservada, fortalecida y protegida, de tal forma que la autonomía de uno no se supedite al cuestionamiento de la autonomía operativa del otro. El cerne moral del liberalismo económico, al contrario, supone la protección de un intercambio de beneficios contratado entre partes. Pero la regulación de los mercados por la noción de eficiencia³³ no puede sustituir la idea central del liberalismo político, que supone una *fairness* entre ciudadanos iguales.³⁴

³² Sobre la definición de liberalismo político, v. Rawls (1993, p. 43 y ss.) y Ulrich (1998, p. 296 y ss.).

³³ En la teoría económica neoclásica, la noción de eficiencia, trazada por Pareto, se refiere a la eficiencia de un sistema, entendiéndose por eficiente si no hay forma de mejorar el bienestar de un individuo sin que otro quede en una situación peor. Una distribución eficiente de recursos, en ese sentido, no es una distribución en la cual todas las personas consiguen aumentar su bienestar, o en la que los recursos se ofrecen a las personas que de ellos más necesitan, sino que es una distribución sencilla en la cual nadie consigue aumentar su propio bienestar sin reducir el bienestar de alguna otra persona. La idea de eficiencia del sistema está relacionada con el concepto de elite, definida y constituida, a su vez, por los «mejores elementos» de la sociedad. Se trata de una teoría que influyó mucho en el fascismo italiano y que, paradójicamente, continúa en el cerne del pensamiento económico conservador actual. Para una mejor comprensión de la noción de eficiencia en ese contexto, v. Pareto (1988) y Diez Alvares (2007).

³⁴ Como señala Thurow (1996), democracia y capitalismo parten de creencias muy diferentes sobre la adecuada distribución del poder. La primera se basa en la distribución equitativa

La forma universal de los derechos humanos está en la exigencia de un orden mundial en el que todos los hombres pueden gozar efectivamente de todos los derechos humanos particulares, cuyos contenidos quedan por especificar.

El proceso de especificación y de reclamación de contenidos particulares para la forma universal de los derechos humanos es un proceso empírico y colectivo de aprendizaje moral y político. Su dinámica procesal tiene que corresponder a las normas definidas o definibles de un discurso argumentativo negocial sobre normas morales controvertidas, al menos para que las convenciones logradas en la –y por la– comunidad real particular de comunicación y argumentación³⁵ puedan ser enunciadas y presentadas como válidas para todos los hombres.

Instrumentalmente, pues, los derechos de información, comunicación y argumentación son los contenidos de más relevancia porque todos los demás contenidos dependen de tres factores: a) de que cada hombre quiera tener una idea correcta de cómo los otros hombres quieren y/o necesitan vivir en otros lugares; b) de que todos comparemos esas ideas de modo equivalente, y c) de que nos pongamos de acuerdo sobre ellas en cuanto a la raíz de la cuestión y no a los límites que los más poderosos hayan decidido fijar.

Para que podamos comparar tales ideas equivalentes en el cuadro de las diversidades culturales y ponernos de acuerdo en su respeto no hay necesidad de un modo de racionalidad particularmente ambicioso o especializado, y por eso mismo quizá culturalmente relativo. Para ese fin,

del poder político, «un hombre, un voto», mientras que el capitalismo cree que es deber de los económicamente aptos expulsar a los no aptos fuera del negocio y eliminarlos. La «supervivencia del más apto» y las desigualdades en el poder de compra son la base de la eficiencia capitalista. Lo primero es el lucro personal y, por tanto, las empresas se hacen eficientes para enriquecerse. Así es que hoy, cuanto más se desarrollan los mercados tanto más vulnerable parece la igualdad entre los hombres.

³⁵ Un ejemplo de una comunidad compleja de ese tipo fue la conferencia de la Organización de las Naciones Unidas en Viena, en 1993, sobre derechos humanos. En ella, representantes de estados, comisarios de diferentes organizaciones civiles no gubernamentales y militantes de los derechos humanos formaron una comunidad de argumentación y comunicación claramente orientada por la búsqueda de concretar los contenidos que darían eficacia a las normas universales que los derechos humanos supuestamente son.

basta la racionalidad que se emplea habitualmente, para establecer un diálogo y para ofrecer y evaluar argumentos: la razón de argumentar. Es de suponer que cada uno disponga de «razón suficiente» (racionalismo) para dialogar con otro en una argumentación discursiva en torno a cuestiones comunes a ambos. En ese contexto, la razón argumentativa o la racionalidad discursiva consisten en un poder y un saber articular (e revisar) nuestras pretensiones de validez, nuestros fundamentos y nuestras experiencias sin que nos olvidemos de los otros.³⁶

La articulación de todos los procesos de autodeterminación colectiva posible en torno a un problema de referencia, en la cual esté preservada, fortalecida y protegida la autonomía de cada uno sin que la autonomía operativa venga a ser sacrificada en beneficio de la autonomía de otro, es lo que los derechos humanos tienen en común con el liberalismo político -y lo que tienen que ver con los derechos sociales, como veremos un poco más adelante-. Por tanto, no solamente poco, sino verdaderamente nada, tendría que ver con el liberalismo económico, cuya versión contemporánea parece todavía triunfar bajo la forma de lo que se denomina actualmente globalización, que se sospecha sea una nueva forma de practicar una política económica hegemónica de acuerdo con el antiguo modelo eurocéntrico.

La fundamentación argumentativa de la validez universal presuntiva de los derechos humanos tiene que poder basarse en una idea adecuada de dignidad humana. La dignidad humana es, pues, el elemento indispensable para construir un fundamento, independiente de forma jurídica, para los derechos humanos. Los derechos humanos tienen que poder ser positivados; la dignidad humana, fundamento sobre el que tal hito debe ocurrir, es una «premisa fuerte», o sea, está presente en todas las positivaciones, pero no se pierde en ellas. Esa idea de dignidad humana tiene que constituir un fundamento normativo universal, sólido (imposible de ser relativizado por la diversidad cultural

³⁶ En ese sentido, v. Apel y Kettner (1996).

de sus interpretaciones), de todas las declaraciones concretas de derechos humanos.

Cabría preguntarse, por supuesto, si tenemos, de hecho, tal idea de la dignidad humana. Uno de los primeros puntos a ser abordado es la objeción de que esa dignidad humana presuntiva es la expresión particular de una determinada concepción del hombre, concepción vinculada a su genealogía cristiana y a su camino político eurogénico y eurocéntrico. A esa idea de dignidad humana parece corresponder una tradición europea con tales características, utilizada como calidad analítica y evaluadora de las demás tradiciones. Su definición no parece haber sido alcanzada, hasta el presente, sino de forma negativa e indirecta, así es que se considera expresión de la dignidad humana justamente una lista de derechos cuya violación representaría también la violación de la dignidad del hombre. A pesar de ese evidente círculo vicioso, esa definición indirecta podría ser enunciada en los siguientes términos: la dignidad humana consiste en aquello que sería violado si fuesen substraídos al hombre: a) los bienes indispensables para la vida; b) las libertades mínimas; c) si se le inflige dolor físico y/o psíquico profundo y duradero; d) si le es negado o disminuido el estatuto de sujeto de derecho. Esa retroactividad evidencia el carácter postulado de ese fundamento universal y transcultural de los derechos humanos.

El núcleo central de la idea de dignidad humana como fundamento universal de los catálogos de los derechos humanos «particularizados» culturalmente requiere, por tanto, una variación en torno a las formulaciones del imperativo moral *kantiano*:³⁷ se exige que

³⁷ El principio de la dignidad humana se desarrolló, sobre todo, después y desde los estudios de Immanuel Kant. De hecho, fue el filósofo alemán que, intentando fundamentar uno de los imperativos categóricos universales por él formulados, demostró el carácter único y finalístico en sí mismo del ser humano: «Actúa como si la máxima de tu acción viniese a tornarse, por tu voluntad, en ley universal de la naturaleza» (Kant, 1974, p. 224, trad.). Señala, así, que «el hombre y, de una manera general, todo ser racional, existe como fin en sí mismo», no solo como instrumento para uso arbitrario de esta o de aquella voluntad. Por el contrario, en todas sus acciones, tanto en las que se dirigen a él mismo como en las que se dirigen a otros seres racionales, él (el hombre) «tiene siempre que ser considerado simultáneamente como un fin» (KANT, 1974, p. 229, trad.).

cualquier hombre trate a otro hombre del mismo modo como a él le gustaría ser tratado, y no como las circunstancias –jurídicas, religiosas, políticas, económicas, etc.– lo indiquen.

Provisionalmente, se puede concluir que la concepción de los derechos humanos, filosófica e históricamente, no tiene que optar entre universalismo y particularismo.³⁸ Es intrínseca al programa de los derechos humanos tanto la premisa de la *humanitas* cuanto la de su politización y su historicidad. La cuestión que queda es la de (re)trazar el itinerario de la interpretación de la *humanitas* como idéntica con la problemática idea de que solamente la cultura europea correspondería a la esencia misma de la especie humana.

Los derechos humanos son, por tanto, una cuestión cultural o educacional antes que una cuestión política o económica. La discusión, en el espacio público, de la discriminación histórica *de facto* contamina el debate racional y fundado, *de iure*, de la concepción, de la convicción y de la práctica de los derechos humanos, sean civiles, políticos o sociales. La conciencia personal, colectiva y cívica se produce en un proceso a largo plazo cuyo escenario es el de las ideas.

Los derechos humanos, civiles, políticos y sociales tienen que ser una cuestión universal no solo en el plano abstracto, intelectual, sino generalizado, en todos los segmentos de la sociedad. Hay que exigir generalización y universalidad para los derechos humanos, civiles, políticos y sociales. Generalización en el sentido de que tales derechos son de todos y para todos; universalidad en el sentido del componente metafísico de la concepción misma de la persona humana, independientemente de su raza, color, religión, preferencias sexuales, cultura o género.³⁹ Además, hay que despertar a la sociedad, llamándola a la razón y apuntando sus

³⁸ Cf. Villoro (1993, p. 131 y ss.).

³⁹ En el campo de los derechos humanos relacionados con cuestiones de género, Álvarez (2000, p. 408-409) señala la importancia de rechazar el relativismo cultural contra los derechos de las mujeres, afirmando que, en esa materia, el principio del daño ayuda a dilucidar cuáles son las prácticas que cercenan la autonomía de la mujer en cualesquiera culturas: «allí donde haya una intromisión en la esfera de libertad de la mujer se hace necesario intervenir para revertir esa situación».

iniquidades, pues hoy nadie es solamente una cosa; meros calificativos, como latino, mujer, musulmán o europeo, no pasan de puntos de partida que, según una experiencia concreta, al tiempo que breve, se quedan luego por el camino. El imperialismo, el colonialismo y el capitalismo consolidaron una mezcla de culturas e identidades en una escala global, pero su peor y más paradójico legado fue permitir que las personas creyesen que eran solo blancas o negras, occidentales u orientales.⁴⁰ Sin embargo, así como los seres humanos hacen su propia historia, también hacen sus culturas y sus identidades: no se puede negar la continuidad duradera de las tradiciones, de las costumbres, de idiomas nacionales, de geografías culturales, pero parece no existir ninguna razón, aparte del miedo y el prejuicio irracionales, para continuar insistiendo en la separación y distinción de los hombres, clasificando o jerarquizándolos.

Cabe, así, plantear la cuestión de los derechos humanos como algo semejante a una gran carrera existencial, de resistencia y de afirmación.⁴¹ Incumbe a todos y a cada uno de nosotros, siendo indelegable a terceros –ni al estado– bajo pena de pérdida de autonomía, de dignidad y de respeto. La sociedad, lenta pero firmemente, percibe que el estado ya no es más un proveedor de utopías. Las acciones generosas de suministro incondicional de bienestar han pasado de las manos del estado impersonal a la realidad de las leyes de mercado y la competencia entre los más aptos, dictada por el capitalismo contemporáneo. El retraso cultural de la expectativa continúa como característica principal de las mentalidades, haciendo de la acción afirmativa no un deber del estado (quizá sea uno de los compañeros principales), sino más bien una tarea de todos y cada uno de los ciudadanos, independientemente de su origen

⁴⁰ Cf. Said (1993, p. 383 y ss.).

⁴¹ En ese sentido, el pensamiento de Zambrano (2008), para quien la vida no puede ser vivida sin una idea, pero una idea que no puede ser abstracta: ha de ser una idea informadora, de la que se derive una inspiración continua a cada acto, en cada instante. Así las cosas, aceptación y resistencia parecen ser las condiciones últimas de la vida, es decir, la vida ha de estar abierta para aceptar, pero además ha de ser fuerte para resistir: la aceptación la lleva a entrar en acción, en movimiento, en constante transformación; la resistencia, a perseverar. La primera es una acción incesante; la segunda es conservación.

o de sus convicciones. Si tal revolución cultural y mental no ocurre, de poco o nada sirve que un estado-providencia reedite la actitud de un déspota esclarecido.

En síntesis, a aquellos que todavía no aceptan la idea de la dignidad humana como valor palpable, recepcionado por el ordenamiento jurídico, por entenderla de forma demasiado abstracta, debiendo solamente servir de base para la aplicación de otros principios fundamentales, como la intimidad, la autodeterminación, la integridad psíquica y física, etc., hay que contraponer el carácter concreto y auto-aplicable de la dignidad humana, expresado en la vida concreta de cada sujeto desde el paradigma habermasiano de la razón comunicativa: el lenguaje es condición esencial de posibilidad para la existencia humana;⁴² a partir de ahí, la vida no es solamente el primero y más fundamental derecho a ser tutelado por cualquier ordenamiento jurídico, sino además, la condición esencial de posibilidad de otros derechos. Se desarrolla ahí la concepción de supremacía absoluta de la vida humana, vida que, para ser entendida como tal, debe ser digna.

Ese paradigma impone pensar la vida bajo un aspecto material, o sea, el punto de partida de este modelo es la vida con un contenido propiamente material, pues la vida es, sobre todo, biológica.⁴³ En ese contexto, el núcleo del principio de la dignidad no supone solamente garantizar la protección de la dignidad humana en el sentido de asegurar para la persona, de forma genérica y abstracta, un tratamiento no degradante, tampoco significa el mero ofrecimiento de garantías a la integridad del ser humano: en ese ambiente, de un renovado humanismo, la vulnerabilidad humana será tutelada de forma prioritaria donde quiera que se manifieste, de modo que tendrán preferencia los derechos y las necesidades de determinados grupos considerados, de una manera u otra, más débiles y que están dispuestos a exigir, por tanto, una protección

⁴² En ese sentido, v. Habermas (2003).

⁴³ Así pues, se puede afirmar que la vida nunca podrá reducirse a una idea, a una abstracción, dado su substrato concreto, físico y biológico. En ese sentido, v. Maturana y Varela (2001).

especial: los niños, las personas de edad avanzada, los portadores de deficiencias físicas o mentales, los consumidores, los trabajadores, los desempleados o los miembros de minorías étnicas, entre otros.⁴⁴

Está claro que, en esa dimensión, es imposible reducir a una fórmula genérica y abstracta todo aquello que constituye el núcleo de la dignidad humana. Así es que esa discusión sobre el respeto de la dignidad y la delimitación de su contenido solamente puede ser llevada a cabo en el caso concreto de que se pueda percibir una efectiva agresión a la dignidad de la persona. En ese supuesto, nos parece claro que la materialidad del principio de la dignidad se asienta sobre el denominado «mínimo existencial».⁴⁵

En este contexto, hay que señalar como imprescindible la adopción de una nueva visión sobre los derechos económicos, sociales y culturales, o simplemente «derechos sociales», pues la efectividad de cualesquiera derechos humanos, afianzados en la dignidad y relacionados con la libertad y la autonomía de la persona, no es posible sin la garantía del mínimo existencial, condicionado económica, social y culturalmente. Eso implica replantear el proceso de banalización (que destituye en la práctica la autoridad de los derechos humanos) y fragmentación teórica (derechos de primera, segunda y otras «generaciones») de los derechos humanos,⁴⁶ recapacitando sobre tales derechos y sus garantías, pues la implementación de los llamados derechos «sociales» no puede ser considerada separadamente de la consolidación de la democracia: la realización de la ciudadanía, imprescindible para la democracia, requiere reformas económicas, sociales y culturales para la remoción de los obstáculos que la impiden.⁴⁷

⁴⁴ Cf. Bodin de Moraes (2003, p. 116-117).

⁴⁵ Según Barcellos (2002, p. 198), el mínimo existencial corresponde al conjunto de situaciones materiales indispensables para la existencia humana digna: el mínimo existencial y el núcleo material de la dignidad humana corresponden al mismo fenómeno.

⁴⁶ Cf. Sampaio Ferraz Junior (2007, p. 517 y ss.)

⁴⁷ Cf. Dimenstein (2006, p. 22 y ss.).

De hecho, el propio significado social de «persona» está relacionado con las diferentes posiciones que cada uno ocupa y a través de las cuales actúa dentro de cada campo concreto,⁴⁸ y estas posiciones, cuyo conjunto es nuestra definición social de la persona, están definidas dentro de cada campo de tal manera que son ellas las que nos permiten unas determinadas prácticas sociales y las que nos restringen otras.⁴⁹ Se desprende de todo eso que, dentro de cada campo, las posiciones no son igualitarias, sino que una de las características más destacadas de tales campos es la distribución diferencial de ciertos atributos entre las posiciones. Es justamente esta distribución diferencial la que conforma la base de unas definiciones sociales diferenciadas de las posiciones; unas respecto a otras, las diferentes posiciones tienen establecida la manera en que se deberían relacionar: como iguales, en superioridad (una con más poder sobre la otra), en inferioridad, o incluso, sin poder relacionarse.⁵⁰ Pobre, diferente, migrante o renegado determina la posición de las personas y, consiguientemente, establece un trato determinado por parte de los demás actores del campo, a la vez que hace que quienes ocupen dicha posición esperen del resto determinado trato, en un proceso cultural de institucionalización de las diferencias y de las discriminaciones como parte de un esquema de reproducción social y de dominación.⁵¹

⁴⁸ Cf. Bourdieu (2000, p. 112).

⁴⁹ En ese sentido, Zambrano (1996) aboga por la utopía social, por la igualdad de todos los seres humanos, y por ende, apoya la aceptación de las diferencias y la inclusión frente a la exclusión de las mismas en el devenir de la historia, volviéndose, en sus reflexiones, a uno de sus planteamientos más queridos: la oscilación entre la persona y el personaje, para postular que el hombre occidental arroje su máscara, deje de representar y de ser, de esa manera, un personaje trágico, y definitivamente se afirme como persona, capaz de abrirse a los demás y de aceptar al otro, la multiculturalidad.

⁵⁰ Cf. Zino Torrazza (2006, p. 27 y ss.).

⁵¹ Así, por ejemplo, en las sociedades actuales, marcadas por el consumismo capitalista, el poder de consumo viene sustituyendo progresivamente a los derechos fundamentales de las personas. El propio ideal de felicidad hoy está directamente relacionado con cuánto se consume de servicios y productos; la dignidad humana se reduce (o es medida) a la capacidad de adquisición de determinados bienes, adopción de cierto estilo de vida y posibilidad de frecuentar determinados espacios. Con la globalización, el mercado, al garantizar las exclusiones, se volvió la más prolífica y menos controlada «línea de producción» de desecho humano o de personas desechadas. Como señala Bauman (2005), en una sociedad de consumidores el «desecho» está compuesto por las personas carentes de recursos materiales y, por tanto, incapaces de consumir.

En ese contexto, en cuanto a los derechos humanos, la posición de la persona como nexo entre la idea abstracta de persona y nuestra praxis en cuanto a conjunto de posiciones, estaría reflejada en el conjunto de derechos –y deberes implícitos– que allí se recogen. Pero la existencia social de las personas se caracteriza, de hecho, por una constante restricción y vulneración de estos derechos como resultado de las diversas prácticas y definiciones que se establecen. Se concluye, entonces, que los derechos abstractos se concretan en cada campo a través de las prácticas resultantes del juego entre las diferentes posiciones. La igualdad deja de existir, ya que cada campo es una distribución de atributos o bienes considerados escasos y que adoptan el carácter de privilegios. Para sostener esta distribución desigual de atributos o bienes, cada campo tiene organizados unos mecanismos reproductivos que actúan sincrónica y diacrónicamente, y que tienden a afectar –y a menudo acentuar– estas afectaciones de los derechos y deberes de las posiciones.

El control de estos mecanismos reproductivos también se decanta hacia las posiciones privilegiadas de cada campo, bien porque quienes las ostentan ejercen un control directo de esos mecanismos, bien porque ejercen un control simbólico.⁵² Así pues, el propio concepto de sociedad queda conformado como una estructura de campos en los cuales las personas, mediante sus posiciones (con sus definiciones y privilegios), se relacionan entre ellas, establecen prácticas sociales y se perpetúan diversos clivajes –de raza, de color, de estatus social o económico, de género, etc.– y distribuciones desiguales de bienes y derechos económicos, sociales y culturales.

Hablar de derechos humanos, pues, es hablar de hacer accesibles los derechos sociales a grupos humanos que habitualmente no tendrían acceso a ellos. Es decir, se trata de abrir un camino nuevo, verdaderamente alternativo y real, a una ciudadanía no excluyente, democrática en su sentido participativo y vuelta hacia una praxis auténticamente

⁵² Cf. Althusser (1977, p. 301 y ss.).

transformadora de la sociedad. Para ponerla en marcha, sin duda es necesaria una gran energía y tesón, y también la capacidad técnica para idealizar contenidos y técnicas que permitan recapacitar sobre los derechos sociales y sus garantías.⁵³

Sabido es que las instituciones jurídicas y el derecho pueden ser instrumentos de opresión social si se apartan de la democracia, pero también que, con la democracia participativa y con la fortaleza de la ciudadanía, el derecho es una institución colectiva de liberación.⁵⁴ Evidentemente, no puede haber ciudadanía significativa sin democracia, ni tampoco un modelo de democracia puede ser substancialmente democrático sin ciudadanía. Así pues, es necesario reconstruir algunas premisas del campo jurídico hacia un derecho planteado no solo como un instrumento de defensa social frente a los abusos, sino también como un instrumento de tutela de la propia ciudadanía en un contexto incluyente y de construcción permanente de un modelo de desarrollo más humano, más justo y más democrático, poniendo en marcha actos concretos y orientados a la plena efectividad de los derechos sociales, por todos los medios posibles, empleando el máximo de los recursos disponibles.

⁵³ En ese sentido, v. Unes Pereira y Fonseca Dias (2008).

⁵⁴ No parece difícil percibir que si las normas son creadas por los propios interesados en verlas cumplidas, a través de la cooperación de los actores sociales anclada en el binomio autonomía-solidaridad, su materialización está mucho más presente en la autonomía de lo que en casos de anomía o heteronomía –hay que involucrar, pues, a todos los participantes en la producción, interpretación y aplicación de las normas, de allí la efectividad normativa legítima– y el modelo normativo de acción está, además, asociado a un claro modelo democrático de aprendizaje y de auto-reconocimiento que tiene en cuenta la interiorización de valores (cf. Habermas, 2001, p. 129).

2 LOS DERECHOS SOCIALES: LA NECESIDAD DE (RE)CONSTRUCCIÓN DE SU ESTATUTO DESDE UNA PERSPECTIVA GARANTISTA Y DEMOCRÁTICA

Los derechos económicos, sociales y culturales, más comúnmente denominados «derechos sociales», expresión que pertenece especialmente a los ámbitos de la filosofía política y jurídica y del derecho constitucional,⁵⁵ se refieren a menudo a cuestiones relacionadas con expectativas básicas para la dignidad humana, si no con la satisfacción de necesidades vitales⁵⁶ y, en consecuencia, se presentan como auténticos derechos humanos fundamentales,⁵⁷ imprescindibles para la promoción del desarrollo humano y para la libertad, la democracia, la justicia y la paz en el mundo, pues se presentan como derechos que actúan como

⁵⁵ Los derechos sociales están asociados a los sistemas de seguridad social, salud, educación, protección familiar, abastecimiento de alimentos, etc. que se constituyen y consolidan en Europa y en muchos países latinoamericanos entre el último tercio del siglo XIX y la segunda posguerra, en el contexto del llamado estado de bienestar o estado social (Esping-Andersen, 1998) y, según Abramovich y Courtis (2006, p. 17) son «fruto del intento de traducir en expectativas (individuales o colectivas) respaldadas legalmente el acceso a ciertos bienes configurados en consonancia con la lógica de este modelo». Un rasgo común de la regulación jurídica de esos ámbitos sería, pues, la utilización del poder estatal con el propósito de equilibrar situaciones de desigualdad material, «sea a partir del intento de garantizar estándares de vida mínimos, mejores oportunidades a grupos sociales postergados, compensar las diferencias de poder en las relaciones entre particulares o excluir un bien del libre juego del mercado».

⁵⁶ Así pues, son comprendidos como derechos sociales los derechos a trabajar (y al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias), al ocio, a la educación, a la salud, a la vivienda, a la seguridad (incluso a la seguridad social), a la protección a la maternidad y a la infancia, a la asistencia social, etc. Los derechos sociales están reconocidos como fundamentales en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado por diversos países, como España (1977) y Brasil (1992), que dispone en su artículo 2 que cada uno de los estados partes del PIDESC se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, y por todos los medios apropiados (incluso y en particular la adopción de medidas legislativas), la plena efectividad de los derechos sociales, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración.

⁵⁷ Cuando hablamos de derechos fundamentales, sostenemos una concepción funcional del carácter basilar de los derechos, sugiriendo que poseer tal naturaleza se corresponde con adquirir un papel funcional específico en el ordenamiento de un estado democrático de derecho, además de asumir un contenido sustancial de derechos «humanos».

premisas para el ejercicio de otros derechos también fundamentales, relacionados con la libertad y la autonomía de la persona.

Así pues, la discusión respecto del alcance de las garantías de los derechos sociales parece estar únicamente asociada a menudo a las personas en situación de mayor vulnerabilidad en el ámbito social – frecuentemente se pone el énfasis en que la titularidad de los derechos sociales es un problema que está más relacionado con los sectores que no pueden satisfacer sus necesidades básicas; o sea, con los más «necesitados»–, para las cuales el acceso a los recursos necesarios para la satisfacción de necesidades básicas tiende a ser residual, o incluso inexistente.⁵⁸ Sin embargo, lo cierto es que interesa a todas las personas, pues, envolviendo los principios rectores de la política socioeconómica en diversos ámbitos geopolíticos (que, marcados por la intensificación del proceso de globalización,⁵⁹ trascienden al local, al regional e, incluso, al nacional), los bienes protegidos por los derechos sociales, implicados en disputas ubicativas,⁶⁰ ponen de relieve la igualdad material⁶¹ y están relacionados con el mínimo existencial, social y culturalmente delineado, necesario no solamente para la supervivencia en condiciones condecientes con la dignidad inherente a la persona humana, pero, además, para garantizar las condiciones materiales que permiten el ejercicio real de otros derechos, como los derechos civiles y políticos, relacionados con

⁵⁸ Según Pisarello (2007, p. 11), «esta caracterización de los derechos sociales como derechos de los más necesitados explica que su reclamo y su consagración jurídica suelen reclutar partidarios entre quienes poseen una sensibilidad igualitaria».

⁵⁹ Como ya señalamos, empleamos el término «globalización» según la acepción planteada por Santos (2005) para identificar un fenómeno multifacético, plural y contradictorio, con implicaciones económicas, sociales, políticas, culturales, religiosas y jurídicas interrelacionadas de modo complejo, que se desarrolló en las últimas décadas del siglo XX desde una intensificación dramática de las interacciones transnacionales y que, paradójicamente, aunque las hayan transformado radicalmente, intensificó jerarquías y desigualdades. Vale, también, la definición dada por Giddens (1990, p. 64, trad.): «intensificación de relaciones sociales mundiales que unen localidades distantes de tal modo que los acontecimientos locales son condicionados por eventos que acontecen a muchas millas de distancia y viceversa».

⁶⁰ Destacamos aquí la idea de que el problema de la garantía de los derechos sociales es, sobre todo – pero no solo, como veremos más adelante–, un problema ubicativo.

⁶¹ Cf. Luis Prieto Sanchís (apud CARBONELL; CRUZ PARCERO; VÁZQUEZ, 2001, p. 39-46).

la libertad y a la autonomía de las personas e imprescindibles para la promoción de la democracia participativa y la ciudadanía integral.⁶²

El progresivo reconocimiento de las expectativas relacionadas con los derechos sociales en el plano constitucional y en tratados internacionales –y su integración en el orden jurídico interno de cada país– impone obligaciones, positivas y negativas, a los poderes públicos, y también, en mayor o menor grado, a los particulares,⁶³ concernientes a

⁶² Según Barcellos (2002, p. 198), ya señalamos, el mínimo existencial corresponde al conjunto de situaciones materiales indispensables para la existencia humana digna: el mínimo existencial y el núcleo material de la dignidad humana corresponden al mismo fenómeno. Hay, pues, una estrecha vinculación entre los derechos sociales y la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos, transluendo un sentido igualitario en la actuación del estado. Su objetivo es la igualdad a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no pueden alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, y para participar en plenitud en la vida política. El PIDESC, en su preámbulo, reconoce que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos. En ese sentido, según Kliksberg (1997), el acceso a la efectiva ciudadanía es un derecho fundamental, el primero de los derechos, porque sin él no se tiene acceso a los otros. Lo que está en juego aquí es el derecho de las personas a la inclusión en una sociedad altamente compleja y competitiva, que tiende a excluir en un contexto en el que ha sido duramente infravalorado el desarrollo humano.

⁶³ Sobre la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales, v. Cascajo Castro (1988), Peces-Barba Martínez (1988) y Reis (2005). De hecho, los particulares pueden estar a cargo de la prestación de un derecho social, pues los derechos sociales gozan de una «doble cara»: se hacen valer tanto hacia los poderes públicos como en las relaciones entre particulares. Lo que hay detrás de estas argumentaciones es que los derechos sociales no se reducen a una simple obligación del estado, sino que también involucra a los particulares. En efecto, resulta difícil el cabal respeto de los derechos sociales sin incluir a los particulares dentro del mandato de la norma. Tal vez resulta más fácil explicarlo dentro de las relaciones laborales. Los derechos laborales regulan la actividad privada entre empleador y trabajadores debido a la desigualdad real que existe en dicha relación. El estado interviene en esa relación privada por medio de su regulación y evidencia el carácter tutelar que cumple dentro de ella en favor de los trabajadores. De manera similar, se reproduce con los demás derechos sociales. Así, parece admisible que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, o el derecho a la protección de la salud, o los derechos de huelga y libertad sindical, deban ser considerados como situaciones jurídicas operativas tanto frente a los poderes públicos como en las relaciones jurídicas entre particulares. De igual forma, Pérez Luño (1999, p. 93), al estudiar la doctrina y jurisprudencia alemana sobre la *Drittwirkung der Grundrechte* (eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales), sostiene: «Se trata, en suma, de la aplicación de los derechos fundamentales no solo en las relaciones entre el estado y los ciudadanos, sino también en las relaciones entre personas privadas. Se ha objetado, por algunos sectores doctrinales, que esta tesis es fruto de una ilación lógica incorrecta, que desconoce la auténtica naturaleza de los derechos fundamentales, ya que se entiende que tales derechos son derechos públicos subjetivos destinados a regular relaciones de subordinación entre el estado y sus súbditos, pero que no pueden proyectarse 'lógicamente' a la esfera de las relaciones privadas, presididas por el principio de la coordinación. Desde esta óptica se conciben los derechos fundamentales como preceptos normativos surgidos para tutelar a los ciudadanos de la omnipotencia del estado, pero que no tienen razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango, donde se desarrollan las relaciones entre particulares. Es fácil advertir el carácter ideológico de este razonamiento ligado

la satisfacción de tales expectativas y, por tanto, a la efectiva promoción del desarrollo humano.

Sin embargo, si desde el inicio de la constitución del catálogo de los derechos humanos los derechos sociales, con sus variaciones económicas y culturales, han formado parte de su patrimonio jurídico, estos siempre han recibido fuertes críticas por su inclusión en este catálogo, y mismo actualmente, la doctrina jurídica conservadora sigue discutiendo si los derechos sociales se ajustan al marco jurídico de los derechos humanos y/o fundamentales.

Así mismo, el reconocimiento positivo de los derechos sociales, por sí solo, no se ha demostrado útil para convertirlos en expectativas plenamente exigibles, tampoco en instrumentos realmente aptos para la satisfacción de las necesidades de los respectivos destinatarios.⁶⁴ Además, la distancia entre los derechos reconocidos y su vigencia efectiva motiva, con demasiada frecuencia, que la palabra y el discurso que los proclaman queden vacíos, sin ningún efecto práctico.

a una concepción puramente formal de la igualdad entre los diversos miembros integrantes de la sociedad. Pero es un hecho notorio que, en la sociedad moderna neocapitalista, esa igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia en el plano privado de centros de poder, no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos. De ahí que se haya tenido que recurrir a una serie de medidas destinadas a superar los obstáculos que, de hecho, se oponen al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de la totalidad de los ciudadanos en un plano de igualdad. La repercusión del principio de la *Drittwirkung* en el plano del reconocimiento jurídico de los derechos sociales ha sido clara [...]. De forma explícita, y con especial referencia a los derechos sociales, ha señalado la Corte Federal del Trabajo que estos derechos fundamentales no garantizan solo la libertad del individuo frente al poder público, sino que contienen principios ordenadores de la vida social, que tienen también relevancia inmediata para las relaciones jurídico-privadas».

⁶⁴ Históricamente, tanto los estados sociales reformistas, dentro del capitalismo, como los estados del llamado «socialismo real», supuestamente fuera de él, trataron de «desmercantilizar», en todo o en parte, la provisión de ciertos recursos básicos para la supervivencia de las personas, como apunta Esping-Andersen (1998, p. 35). Pero esas experiencias se vieron, con cierta frecuencia, condicionadas en su alcance democrático y en su capacidad de inclusión social por factores externos e internos. Además, el grado de satisfacción de los derechos sociales, sobre todo en las regiones más privilegiadas, ha estado íntimamente relacionado con las asimétricas relaciones de poder existentes entre regiones y países centrales y periféricos: la ampliación del acceso de las personas a niveles crecientes de consumo en países y regiones centrales, incluso bajo la forma de derechos, ha sido llevada a cabo, al menos en parte, a costa del evidente empobrecimiento y negación de derechos básicos a las personas en países y regiones periféricas.

En ese contexto, a pesar de la extraordinaria expansión de las actuaciones institucionales dedicadas al desarrollo,⁶⁵ con el establecimiento de amplios sistemas de compensación e inclusión a lo largo del último tercio del siglo diecinueve y, sobre todo, de los dos primeros tercios del siglo veinte⁶⁶ bajo la égida del llamado «estado de bienestar» o «estado social», la realidad delineada desde los movimientos de contrarreforma neoliberal emprendidos en los años setenta, a partir de la gran crisis del modelo hegemónico que había garantizado el crecimiento de los países capitalistas centrales en la posguerra (1945- 1973), cuyos efectos se hacen prolongar hasta el presente y se desvelan (para luego velarse nuevamente) más intensos a cada nueva crisis del capitalismo, tornó común el punto de vista según el cual las políticas públicas (y, por tanto, la utilización del poder del estado con el propósito de equilibrar situaciones de desigualdad material o excluir determinados bienes del libre juego del mercado) serían una inevitable fuente de indeseable burocratización, y los derechos a ellas relacionados, gravosos, verdaderas «trampas» que tenderían a cercenar la eficacia económica, las libertades personales y las libertades

⁶⁵ Cuando hablamos de desarrollo es importante destacar que todo desarrollo es desarrollo social, así como la pobreza no es un problema exclusivamente económico y el crecimiento económico no es desarrollo, pues no basta crecer económicamente para promover el desarrollo social. Según Franco (2002), el desarrollo es movimiento sinérgico, que se verifica en aquella clase de cambios sociales en la que hay alteraciones de los factores humanos y sociales que garantizan la estabilidad de los sistemas sociales: en sistemas altamente complejos alejados del equilibrio, como las sociedades humanas, el desarrollo solo ocurre cuando consiguen instalarse los patrones de interacción internos (entre los elementos del conjunto) y externos (con el medio circundante) que mejor aseguren las condiciones de existencia del conjunto, o sea, de la propia sociedad. Una sociedad en la que unos pocos individuos mejoran sus condiciones de vida, pero en la que la población restante –la mayoría– no consigue mejorar sus condiciones generales de vida, no es una sociedad que se desarrolla, aunque pueda ser una sociedad que crece económicamente.

⁶⁶ En el período delimitado por las dos grandes guerras mundiales (1914-1918/1939-1945), y en la posguerra, los estados «sociales» pusieron en marcha políticas que buscaban compensar los efectos excluyentes del crecimiento asimétrico, rompiendo el sistema político de entonces con el paradigma liberal del absentismo estatal. El fin de la Primera Guerra Mundial, sobre todo, marcó el inicio de una era de expansión de los derechos sociales, definida por la iniciativa de constitucionalización de los derechos sociales observada en las constituciones mexicana (1917) y de Weimar (1919), y por una tentativa de internacionalización de esos derechos a través de la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El período que va del término de la Segunda Guerra Mundial hasta la década de setenta, por otro lado, corresponde al de mayor desarrollo de los derechos sociales. En ese período, las grandes líneas sobre las cuales se estructuran tales derechos fueran integradas en las constituciones nacionales y en las grandes declaraciones internacionales de derechos.

de los mercados, cuando no derechos realmente incompatibles con los de la libertad, o quizá derechos meramente programáticos, imponiendo, a pesar de la vigencia formal y de la extensión de los derechos sociales en muchas constituciones y tratados internacionales, una nueva ley de mercado, cada vez más global, que debilita la eficacia vinculante de los derechos sociales y, con ello, el alcance real del principio democrático y de actuación social del tradicional estado de derecho.⁶⁷

El discurso contemporáneo respecto del carácter normativo, y no solamente político, de las constituciones modernas no se ha extendido, así, al ámbito de los derechos sociales. En cuanto a estos, su exigibilidad ha permanecido relegada a un segundo plano con relación a unos u otros

⁶⁷ En ese sentido, v. Pisarello (2007). Señalamos que la reciente crisis del mercado financiero, sin embargo, provocó el pánico en todos los países del mundo, causando angustia y desesperación a cientos de millones de personas que observan atónitos el deterioro de sus economías, el drama del paro y la recesión, y, en Estados Unidos, la pérdida de sus viviendas, planteando, con eso, una intervención del estado en la economía y demostrando los males de la falta de reglamentación exterior del mercado. El sistema financiero mundial está destrozado, y lleva a la economía «real», productiva, a una depresión comparable solamente a la de la década de los años veinte del siglo pasado. Desde Estados Unidos, la crisis atravesó el Atlántico, alcanzando los países de la Unión Europea, Rusia, y continúa hacia Oriente. Asusta no solamente la extensión geográfica del desastre, sino sobre todo sus profundos impactos en el sistema económico. Debido a que sus raíces están en los mercados financieros, la crisis penetra y pervierte los negocios, las empresas y el precario equilibrio entre oferta y demanda de bienes y servicios. La «primera gran crisis de la globalización» provocó la recesión en los países centrales y ha dejado al «libre mercado» de rodillas, implorando por el auxilio del estado. Cayó por tierra la doctrina del neoliberalismo y los heraldos del «fin de la historia», después del desmoronamiento de la Unión Soviética, enmudecieron, perplejos y confusos ante la extensión de los daños. La crisis revela la faz cruel del sistema, que causa la pérdida de empleo, viviendas, ahorros y esperanzas de un porvenir mejor para la mayoría de la humanidad. Mientras la ola de especulación se extiende para concentrar aún más riquezas en las manos de una minoría ínfima, la mitad de la población mundial vive en la pobreza. No se puede concebir aún la extensión de los efectos de la crisis: ¿será el fin del mito de la «libre empresa», del empresario innovador y de la superioridad de los mercados presionados por la necesidad de intervención salvadora del estado con grandes implicaciones para las estructuras políticas y sociales en los años venideros? Nos parece que tal expectativa es un poco ingenua: el keynesianismo tardío, o sea, la expectativa generalizada de que el estado venga a auxiliar al sistema financiero, aunque pueda suponer un alivio pasajero de los efectos de la crisis, no parece más en condiciones de asumir ese papel de «dios ex machina», de salvador, como lo fue el «New Deal» de Roosevelt en los años treinta del siglo pasado. Además, como demuestra la historia, puede ser que, en cuanto el mercado recobre el aliento después de la ayuda del estado, que ha permitido que ejecutivos de instituciones en quiebra reciban premios por valor de cientos de millones de dólares por la eficiencia con que supieron burlar la confianza de la población y apropiarse de verdaderas fortunas, los neoliberales vuelvan con la misma vieja cantinela de la supremacía del «libre mercado». Para ellos, la utilización del poder del estado con el propósito de equilibrar situaciones de desigualdad material o excluir determinados bienes del libre juego del mercado es patológica, de forma que, superada la crisis, volverán las reacciones contra la presencia del estado, supuestamente inhibidora de la eficacia económica, de las libertades personales y de las libertades de los mercados.

derechos, como los civiles y los políticos, sobre todo si se comparan con derechos patrimoniales como la propiedad y libertad de iniciativa económica.⁶⁸ Así mismo, las garantías institucionales de los derechos sociales –legislativas y administrativas– han demostrado ser débiles frente a los robustos mecanismos de tutela de los derechos patrimoniales y las instancias jurisdiccionales poco han aportado, de hecho, para alejar esa tendencia.⁶⁹ La insistente vigencia, entre los operadores jurídicos más tradicionalistas, de la tesis según la cual los derechos sociales traen en sí meros principios rectores o sencillas cláusulas programáticas, o la idea de que los órganos jurisdiccionales nada pueden ni deben hacer para garantizarlos, así como la idea recurrente de la «reserva del posible»,⁷⁰ son algunas evidencias de esa (nueva) ley de mercado.⁷¹

De esa manera, el estado democrático tradicional, lejos de convertirse en un auténtico estado social constitucional, ha operado a menudo de forma residual y como simple estado legislativo y administrativo, con prestaciones limitadas a la complementación y a la corrección de las acciones de los mercados y actuación orientada a disciplinar a la pobreza y asegurar, sobre todo al servicio de esos mercados, el orden y la seguridad pública. Con pocas excepciones, el «núcleo duro» de las políticas sociales que vienen siendo adoptadas después la crisis, en los años setenta, del tradicional *Welfare State* no está relacionado con la garantía de derechos sociales generalizables, o sea, de expectativas estables substraídas a la coyuntura política y, por tanto, indisponibles para los poderes de turno: las políticas públicas han sido pautadas por intervenciones selectivas, relacionadas con la capacidad de reclamación de ciertos segmentos, que, más que igualar a los desiguales, tienden a

⁶⁸ En ese sentido, v. Pisarello (2003, 2007).

⁶⁹ Cf. Cabo Martín (2006, p. 11).

⁷⁰ La idea de la *reserva del posible* viene siendo utilizada como argumento a la ciudadanía, por parte de los gobiernos, en el sentido de justificar la falta de materialización de los derechos sociales. Más adelante tratamos la cuestión.

⁷¹ Refiriéndose a la eficacia normativa del estado social y de los derechos sociales, Ibáñez (1996, p. 35) afirma que ya en los años noventa «con trazo mucho más grueso, el carácter social se trasmuta en principio social y el principio social, a su vez, en más que escasas normas con operatividad propia».

operar como efectivas concesiones discrecionales y, por tanto, revocables, cuando no como auténticas medidas de control de los pobres.⁷²

Lo que buscamos demostrar a lo largo de este capítulo es que, a pesar de su apelación al discurso técnico, esa percepción desvalorizada de los derechos sociales se asienta, sobre todo, en mitos forjados por prejuicios ideológicos.⁷³ Buscamos, así, rebatir los principales mitos vehiculados en el *mainstream* político y jurídico que moldean actualmente la percepción de los derechos sociales y, por extensión, de las propias políticas públicas. Lo que defendemos, en síntesis, es que la idea corriente según la cual los derechos sociales son derechos de «segunda generación» –o incluso de «segunda dimensión», o sea, derechos de «segunda mano», mientras que los derechos de propiedad serían de primera generación, dimensión o «primera mano»– se plantea desde una simple opción ideológica, y que no se puede hablar de efectividad de otros derechos, incluso los propios derechos civiles y políticos, relacionados con la libertad y autonomía de la persona (verdaderamente imprescindibles para la democracia y la ciudadanía integral), sin la garantía del mínimo existencial,⁷⁴ un abanico de bienes económicos, sociales y culturales que corresponde a lo que ordinariamente se llama «derechos sociales». Pretendemos demostrar en este contexto que no podemos garantizar derechos sociales desde el presupuesto de la previa y necesaria realización de los derechos civiles (individuales) y políticos exclusivamente, ni tampoco al contrario:⁷⁵ en

⁷² Vuolo *et al.* (2004, p. 14), analizando las políticas de combate contra la pobreza en Argentina y en otras regiones de América Latina, afirma que «las actuales políticas ‘contra’ la pobreza son tan pobres como sus destinatarios. En realidad, son políticas ‘de’ la pobreza, cuyo objetivo es administrar y gestionar a los pobres manteniéndolos en una posición socialmente estática para que no alteren el funcionamiento del resto de la sociedad».

⁷³ En ese sentido, v. Pisarello (2003, 2007).

⁷⁴ La propia definición del *mínimo existencial* pasa por el diálogo social, que demanda una amplia participación de los destinatarios de los derechos sociales en la elaboración, aplicación y evaluación de políticas públicas.

⁷⁵ Nombrado relator de la comisión encargada de examinar el Proyecto de Ley de Tracy, presentado a la Cámara de los Diputados de Francia en 1839 y que proponía la emancipación progresiva de los esclavos en las colonias francesas, Tocqueville llamó la atención de los diputados sobre la imposibilidad de condicionar la emancipación a la erradicación de la pobreza: «Existen los que, aunque admitiendo que la esclavitud no puede durar siempre, anhelan aplazar el momento de la emancipación alegando que es necesario preparar a los negros para la independencia antes de romper sus cadenas. [...] Pero si todos estos preparativos son incompatibles con la esclavitud,

síntesis, el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, no puede realizarse a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos.

Ciertamente, la persistente vulneración de los derechos sociales está relacionada, de forma intrínseca, con las asimétricas relaciones (intersubjetivas y colectivas) de poder existentes en las sociedades actuales y con la solución dada a los persistentes problemas ubicativos en el ámbito social. Sin embargo, el papel que para tal vulneración remanente desempeña la percepción simbólica e ideológica de esas relaciones de desigualdad no es menor.⁷⁶ Así, si en las sociedades actuales las decisiones dependen, en gran parte, de la percepción que se tiene de la realidad, un presupuesto indispensable para la remoción de los obstáculos a la realización de los derechos sociales es la negación de la lectura política y jurídica conservadora que, normalmente, se hace de los mismos. Lo que intentamos a continuación, en síntesis, es (re)plantear las garantías políticas y jurídicas de los derechos sociales desde una perspectiva garantista y democrática.⁷⁷

Es garantista porque parte de la percepción de que, tradicionalmente, el derecho se revela, sobre todo, como un mecanismo de mantenimiento del *statu quo*, resguardando los intereses de los más «fuertes», pero también puede operar frente al embate social, como instrumento al servicio de los sujetos más débiles o «necesitados».⁷⁸ Si

exigir que sean realizados antes que la esclavitud sea abolida, ¿no significaría, en otros términos, afirmar que esta no podría acabar nunca?» (TOCQUEVILLE, 1994a, p. 30-31, trad.). Derechos civiles y sociales están francamente interrelacionados, de forma que no podemos condicionar estos a la previa efectividad de aquellos, y viceversa.

⁷⁶ En ese sentido, por ejemplo, la teoría de los aparatos ideológicos del estado, de Althusser (1998). En ese mismo sentido, además, v. Pisarello (2003, 2007).

⁷⁷ En ese sentido, buscamos adoptar, a seguir, en líneas generales, una visión garantista, tributaria de Ferrajoli (1990, 2001, 2006), desde los ejes de una revitalizada construcción constitucionalista social y garantista trazados por autores como Abramovich y Courtis (2002, 2006) y Pisarello (2003, 2007).

⁷⁸ Como demostraremos en este trabajo, esa constatación es válida, sobre todo, en el campo del derecho del trabajo. Directamente relacionado con el proceso de acumulación capitalista y la lucha de clases, ese derecho tiene su origen en una correlación de fuerzas sociales. Se revela, sobre todo, un mecanismo de mantenimiento de la fuerza de trabajo, inherente al sistema capitalista.

las instituciones jurídicas pueden ser instrumentos de opresión social (y las más de las veces, efectivamente lo son), también es cierto que, con la democracia y con la fortaleza de la ciudadanía, el derecho puede ser una potencial institución colectiva de liberación. Está claro que la existencia de una lógica garantista, por sí sola, no asegura la automática satisfacción de los derechos; sobre todo, de los derechos sociales. Sin embargo, esa lógica torna posible la articulación de un discurso crítico que escapa del mero empirismo (discurso no solamente político, sino también jurídico), apto para deslegitimar la actuación de las fuerzas que, de una forma u otra, bloquean la posibilidad de asegurar a las generaciones presentes y futuras la satisfacción de sus necesidades básicas.⁷⁹

Es democrática y participativa en la medida en que parte de la percepción de que la democracia participativa presupone un sistema abierto, nunca cerrado, de forma que la cuestión de la garantía de los derechos sociales puede inscribirse en un proceso de constante (re) democratización, tanto en el ámbito institucional como en otras esferas sociales, extrainstitucionales. No se llega a otro mundo posible a través de una gran tormenta, imaginaria y mítica, sino a través de experiencias renovadas de participación democrática y de inclusión social, reales y no ilusorias, capaces de encontrar soluciones concertadas, coherentes y creadoras para los problemas sociales. Eso implicaría democratizar radicalmente el acceso a la información respecto del propio actuar de las

Aunque sea normalmente presentado bajo la forma de «concesión» o «dádiva» del capitalismo, el derecho del trabajo está, en verdad, intrínsecamente relacionado con las exigencias del propio capitalismo para su valorización y reproducción. El derecho del trabajo, por tanto, no siempre tiene como finalidad el servicio de las expectativas de los trabajadores; al contrario, muchas veces sigue los caminos planteados por el capitalismo. Sin embargo, en un contexto en el que el derecho del trabajo establece un vínculo entre capital y fuerza de trabajo, anclado en acciones de efectiva intervención en la realidad social, ese, muchas veces, actúa, frente al embate social, en el sentido de satisfacer determinadas expectativas de los trabajadores, y no solamente las del capital. Así, el derecho del trabajo se presenta, desde su génesis, útil al capital, con interés también para los trabajadores por razones opuestas: por un lado, hace al capital pequeñas concesiones que reducen las tensiones sociales, retirando fuerza a la lucha de clases; por otro, consigue limitar la explotación ejercida sobre el trabajador.

⁷⁹ Como ya señalamos, el punto de vista que adoptamos proviene, sobre todo, de los marcos de una revitalizada construcción constitucionalista social y garantista trazados por autores como Abramovich y Courtis (2002, 2006) y Pisarello (2003, 2007).

instituciones, y, en consecuencia, hacer viable, de hecho, la evaluación sobre la capacidad de esas instituciones para dar expresión, por las vías adecuadas, a las diferentes demandas sociales, comenzando por las de los segmentos más vulnerables.⁸⁰ En síntesis, es necesario expandir la democracia no solo como un sistema político formal, sino también como forma de gobierno que puede permitir –o, más bien, debe proporcionar– la ciudadanía integral al impulsar la participación activa de los diversos actores sociales y su compromiso con las decisiones relacionadas con la promoción del desarrollo humano.

Mejores garantías y más democracia, en síntesis, son los elementos centrales en la tarea de (re)construcción del estatuto jurídico y político de los derechos sociales. Su adecuada articulación teórica y práctica se demuestra fundamental, por tanto, para la remoción de los tradicionales obstáculos materiales y para la superación de los prejuicios ideológicos que explican la posición todavía debilitada de los derechos sociales en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.⁸¹

⁸⁰ La concepción *deliberativa* y *participativa* de la democracia cuenta con muchos expositores. A pesar de algunos desencuentros puntuales y de la diversidad de filiaciones metodológicas, las ideas que sostenemos tienen sus orígenes en reconstrucciones críticas elaboradas por autores como Habermas (2005) y Santos (2003).

⁸¹ En ese sentido, v. Abramovich y Courtis (2002, 2006) y Pisarello (2003, 2007).

3 LA CONVERGENCIA Y LA COMPLEMENTARIEDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

Los derechos identificados como «sociales», habitualmente y tanto en el ámbito de la historia del derecho como en el de la sociología jurídica, se presentan como derechos pertenecientes a una generación posterior a la de los derechos civiles y políticos. Los derechos sociales, según esa percepción, *vienen después de* dichos derechos civiles y políticos, lo que supone afirmar, en términos más funcionalistas, que el problema de la satisfacción de los derechos sociales, históricamente, debe solucionarse solamente después de la satisfacción de los derechos civiles y políticos, que incluyen, obviamente –si no principalmente–, los derechos patrimoniales.

Aparte de su amplia difusión, incluso para fines pedagógicos, esa tradicional percepción de los derechos sociales como derechos tardíos se asienta en prejuicios que son tendenciosamente restrictivos y deterministas, y que justifican, en teoría, una protección depreciada de los derechos sociales.

Es verdad que la historia moderna de los derechos sociales tiene su inicio en las grandes revoluciones sociales del siglo XIX. Sin embargo, junto a esa «historia» propiamente dicha, es posible verificar la existencia de una rica «prehistoria» marcada por diversas políticas institucionales dirigidas a la resolución de situaciones de pobreza y exclusión social, que es anterior al propio surgimiento del estado moderno europeo y que guarda, de cierta forma, alguna similitud con las demandas contemporáneas en materia de derechos sociales.⁸²

⁸² En ese sentido, v. Pisarello (2007).

Podemos afirmar, así, que las expectativas que corresponden a lo que ordinariamente se llama «derechos sociales» siempre existieron, como siempre existieron mecanismos y programas destinados a la intervención en el ámbito social. Así, en la Antigüedad y en el Medioevo, existieron diferentes mecanismos institucionales, estatales o no, claramente orientados a las necesidades de las personas en situación de mayor vulnerabilidad en el ámbito social.⁸³ Algunas veces, esas medidas tenían, en sí mismo, un sentido igualitario;⁸⁴ otras, el objetivo de esos mecanismos era resolver de manera francamente autoritaria la cuestión de la exclusión, disciplinando a los segmentos más vulnerables y obligando a las personas a su (re)incorporación a las relaciones de explotación laboral.⁸⁵

A lo largo de la existencia de los estados modernos, esa dialéctica entre políticas conservadoras y preventivas y políticas igualitarias es recurrente. Con frecuencia, los mecanismos alusivos a los socorros para los pobres y a las oficinas de empleo eran consubstanciales a políticas de orden público dirigidas al control sobre las condiciones de reproducción de las estructuras productivas.

En muchos casos, el auxilio a las personas en situación de mayor vulnerabilidad en el ámbito social, inicialmente discrecional, dio lugar a beneficios concretos, correspondientes a derechos exigibles:⁸⁶ durante los

⁸³ Cf. Ritter (1999, p. 33).

⁸⁴ En ese sentido, por ejemplo, los auxilios que garantizaban el acceso a los baños públicos en la *polis* ateniense y las leyes agrarias de la Roma republicana, que aseguraban el acceso a la tierra o a una cantidad mínima de alimentos. En la América precolombina, en el Imperio Inca, encontramos una de las primeras manifestaciones de un sistema de seguridad social entendido como un sistema racional de conjugación de esfuerzos colectivos para abastecer una especie de seguro social: el régimen de propiedad entonces existente preveía el cultivo, a través del trabajo común, de determinadas tierras, cuyo producto tenía la finalidad de atender las necesidades alimentarias de los ancianos, de los enfermos o inválidos y de los huérfanos, desprovistos de capacidad productiva (VELLOSO DE OLIVEIRA, 1989, p. 181).

⁸⁵ Ese era el sentido, por ejemplo, de las *leyes de pobres*, que, en el capitalismo incipiente, tendían a sustituir la antigua idea de *caridad* o *beneficencia* por la de *reeducación para el trabajo*. Como apunta Castel (1995, p. 47), tanto en los países de tradición católica como en los protestantes se introdujo la distinción, también jurídica, entre *pobres meritorios*, dispuestos al trabajo a cambio de los auxilios recibidos, y *pobres no meritorios*, dedicados al vicio y al ocio, y, por tanto, peligrosos para la sociedad.

⁸⁶ Dean (1997, p. 3) caracteriza ese proceso como una *juridificación del bienestar*.

episodios más igualitarios de las revoluciones modernas, la reclamación de derechos de asistencia y de acceso a recursos escasos o centralizados, como tierra y alimentos, se demostró como una exigencia recurrente de los sectores populares, casi siempre acompañada de la demanda por la extensión de los derechos de participación.⁸⁷

Así, por ejemplo, en Inglaterra, la demanda de derechos de participación, de acceso a la tierra y de asistencia social fue un elemento común en las cartas impulsadas por los *levellers* y los *diggers* a lo largo del siglo XVII⁸⁸. Por otro lado, en las colonias norteamericanas, la distribución de la tierra, la asistencia a los segmentos más vulnerables y el establecimiento de mecanismos de participación estuvieron presentes en diferentes cartas, que incluso trataron de contemplar experiencias avanzadas de democracia agraria.⁸⁹ Así, la propia Declaración de Independencia de 1776, aunque no resolvió automáticamente problemas como la esclavitud, trató de reconocer como «verdades evidentes» determinados derechos, como el derecho a la vida y a la felicidad, claramente relacionados con expectativas que hoy se corresponden con los «derechos sociales», aunque tratase de excluir el derecho de propiedad, solo elevado al rango constitucional en la Constitución de Filadelfia (1787).⁹⁰

En Francia, la cuestión pertinente a la extensión de los derechos sociales y de participación ocupó siempre un lugar central a lo largo del proceso revolucionario. Así, la Constitución de 1791, aún monárquica, incluyó cuestiones pertinentes al derecho a la asistencia para los pobres y a la educación pública; por otro lado, en 1793, con el advenimiento

⁸⁷ En ese sentido, v. Abramovich y Courtis (2002, 2006) y Pisarello (2003, 2007).

⁸⁸ A propósito de esas revueltas populares, Thompson (apud FONTANA, 1982, p. 81) resalta que lo que estaba en juego, en realidad, no era el derecho civil a la propiedad, sino definiciones alternativas al derecho de propiedad, de forma que la reclamación de las clases populares pasaba, claramente, por cuestiones sociales.

⁸⁹ Por ejemplo, el artículo 79 del *Body of Liberties* de Massachusetts, redactado en 1641 por el reverendo Nathalien Ward, establecía que, si un hombre, al morir, no deja para su mujer una pensión suficiente para su sostén, ella será ayudada después de presentar una reclamación a la Corte General: «If any man at his death shall not leave his wife a competent portion of his estate, upon just complaint made to the General Court she shall be relieved».

⁹⁰ En ese sentido, v. Austin Beard (2004).

de la Constitución Democrática Jacobina, el reconocimiento de derechos sociales a los ciudadanos puso en cuestión el carácter inviolable de la propiedad privada y se vinculó a la ampliación de los derechos de participación.⁹¹ La declaración de derechos contenida en el preámbulo de la Constitución consagraba, junto a la igualdad de derecho de los ciudadanos, la de contribuir a la formación de la ley y a la designación de los mandatarios (artículo 29),⁹² el deber estatal de instaurar los socorros públicos necesarios para la subsistencia de los ciudadanos más vulnerables (artículo 21)⁹³ y de asegurar a todos el acceso a la educación pública (artículo 22),⁹⁴ derechos tutelados por un mecanismo de garantía social consistente en la acción de todos para garantizar, a cada uno, la fruición de sus derechos (artículo 23)⁹⁵ y en el derecho-deber de insurrección, en caso de que tales derechos fuesen violados por el gobierno (artículo 35).⁹⁶

En el caso francés, después la restauración liberal conservadora, el desarrollo del capitalismo liberal fue, paulatinamente, desmejorando las condiciones generales de vida de los segmentos más vulnerables; sobre todo, del proletariado. No obstante, y paradójicamente, engendró al mismo tiempo las condiciones objetivas para su organización en torno a opciones que les permitirían, a través de la movilización, asegurar, aunque de forma limitada, ciertos intereses materiales pautados por el mínimo existencial. Las nuevas formas asociativas permitieron a los trabajadores el establecimiento de lazos de solidaridad y el acceso, al mismo tiempo, a

⁹¹ Según Pisarello (2007, p. 22), «la expresión ‘derechos sociales’ apareció en un proyecto presentado en la Convención de 1783 por el agrónomo Gilbert Romme [...]. En la sesión del 24 de abril de 1783, por su parte, 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»

⁹² «*Chaque citoyen a un droit égal de concourir à la formation de la loi et à la nomination de ses mandataires ou de ses agents*».

⁹³ «*Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler*».

⁹⁴ «*L'instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique, et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens*».

⁹⁵ «*La garantie sociale consiste dans l'action de tous, pour assurer à chacun la jouissance et la conservation de ses droits; cette garantie repose sur la souveraineté nationale*».

⁹⁶ «*Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs*».

recursos básicos de subsistencia: sindicatos, sociedades de mutuo socorro y cooperativas de producción y consumo, por ejemplo. Paralelamente, la «cuestión social», con todas sus implicaciones, viene a la pauta política e institucional, presionada por sectores de intelectuales y del obrerismo.⁹⁷

El ciclo revolucionario abierto en 1848 es, quizá, el mayor punto de inflexión en la historia de la reclamación de los derechos sociales, pues en aquel momento se hizo presente un elemento que ni las lecturas más formalistas sobre las generaciones de derechos podrán subestimar: la contradicción estructural existente entre la generalización de los derechos civiles, políticos y sociales y el mantenimiento recurrente del carácter tendenciosamente absoluto de la propiedad privada y de las libertades contractuales.⁹⁸ De hecho, la Constitución de noviembre, después la insurrección de 1848, no olvidó la «cuestión social», de forma que estableció, en su preámbulo, el deber de la Segunda República de asegurar la existencia a los ciudadanos necesitados, proporcionándoles trabajo, en los límites de sus posibilidades, o concediéndoles asistencia cuando fuesen ineptos para el trabajo.⁹⁹ A pesar de sus límites, los hechos de 1848 y, más tarde, la breve experiencia de la comuna de París, en 1871,¹⁰⁰ desempeñarán un papel esencial en el posterior desarrollo de los derechos sociales.¹⁰¹

⁹⁷ Según Pisarello (2007), esas estrategias de autoorganización y de presión nunca llegaron a conjugarse plenamente, pero ayudan a entender la dinámica en que aún hoy opera la reclamación de derechos sociales.

⁹⁸ En ese sentido, Tocqueville (1994b, p. 34-35) constataba, sobre la época, que «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 discurrirán sobre las modificaciones más o menos profundas que habrán de introducirse en el derecho de propiedad».

⁹⁹ «*La République doit protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa religion, sa propriété, son travail, et mettre à la portée de chacun l'instruction indispensable à tous les hommes; elle doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler. - En vue de l'accomplissement de tous ces devoirs, et pour la garantie de tous ces droits, l'Assemblée nationale, fidèle aux traditions des grandes Assemblées qui ont inauguré la Révolution française, décrète, ainsi qu'il suit, la Constitution de la République*» (Preámbulo de la Constitución de 1848, apartado VIII).

¹⁰⁰ Sobre los hitos de la comuna de París, v. Marx (1972).

¹⁰¹ En ese sentido, v. Abramovich y Courtis (2002, 2006) y Pisarello (2003, 2007).

Después de un intenso ciclo de conflictos sociales que se extendió desde el último tercio del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, los estados y sus producciones jurídicas experimentaron, con mayor o menor intensidad, un franco proceso de «socialización» que afectó a diferentes ramas del derecho.¹⁰² El derecho del trabajo surge, entonces, en virtud de los grandes problemas sociales originados en la Revolución Industrial, provocando la creciente intervención estatal, tutelar, en el mercado de trabajo, tendente a cohibir los abusos del capital y a viabilizar la expansión concreta de los derechos sociales, institucionalizando derechos hasta entonces impensables, como la sindicación, la huelga y la negociación colectiva.¹⁰³ Pero, si la noción de derecho social es hondamente tributaria del derecho del trabajo, se verificó que esa noción no debería emplearse solamente para el derecho del trabajo, sino para todas aquellas expresiones jurídicas de un modelo organizado sobre bases, como la colectividad, la búsqueda de equiparación y su vinculación a relaciones sociales en las que se identifican grupos desaventajados. El derecho civil pasa a admitir criterios de responsabilidad objetiva, abandonando la tradicional idea de culpa, por los daños causados por actores privados con una especial posición de poder en el ámbito de las relaciones mercantiles o de consumo. Por fin, el propio derecho penal modera su función hondamente represiva, incorporando criterios de resocialización.

Esa tendencia se estabilizó con los pactos keynesianos de la posguerra y con la relativa consolidación de los diferentes mundos del estado de bienestar construidos en las décadas anteriores. Los derechos civiles y políticos se extendieron a sectores hasta entonces excluidos de su influencia, y fueron reconocidos derechos específicos en los campos

¹⁰² La idea de *socialización* del derecho y, en consecuencia, de los propios derechos civiles y políticos tradicionales, fue sostenida entre los siglos XIX y XX por autores diversos, como el alemán Ferdinand Lasalle, los franceses Léon Duguit y George Gurvitch, el austríaco Anton Menger y el británico Harold Laski. Para mayores detalles, V. Lasalle (1904), Duguit (1922), Gurvitch (1932), Menger (1886, 1890) y Laski (1932).

¹⁰³ Palomeque López (2002) plantea la idea de la formación del derecho del trabajo como un derecho conquistado y concedido a la vez: concesión y conquista constituirían, pues, la doble cara del moderno derecho del trabajo. Más adelante profundizaremos en esta idea.

económico, social y cultural, que tutelaron expectativas vinculadas, por ejemplo, a cuestiones concernientes al trabajo, la educación, la salud y la vivienda.¹⁰⁴

En esos contextos, está claro que, si podemos concebir la idea de que los derechos sociales se corresponden con derechos conquistados –sobre todo, por la clase trabajadora–, debemos resaltar que la expansión de los derechos sociales corresponde, concomitantemente, a necesidades objetivas del sistema capitalista, permitiendo la reproducción y calificación de la fuerza de trabajo y, al mismo tiempo, ampliando las posibilidades de consumo.¹⁰⁵ Los estados de la posguerra no se revelaron realmente garantistas y democráticos, o lo hicieron de forma bastante atenuada; mejoraron, sin embargo, las condiciones de regulación del mercado de trabajo, las posibilidades de acceso a los mercados (consumo) y el acceso a los servicios básicos de una parte importante de la sociedad, aunque hayan permitido la proliferación de focos de arbitrariedad, dejándose colonizar por poderes burocráticos y mercantiles diversos, y valiéndose especialmente de prácticas de decisiones concentradas que excluían o estigmatizaban a los grupos en mayor situación de vulnerabilidad.¹⁰⁶

De esa forma, aunque la historia «moderna» de los derechos sociales tenga su inicio en las grandes revoluciones sociales del siglo diecinueve y que, desde un punto de vista formal, los derechos sociales solamente hayan adquirido un *estatus* constitucional en la segunda

¹⁰⁴ Para una categorización histórica e institucional de esos diferentes modelos, v. Esping-Andersen (1998, p. 9 y ss.).

¹⁰⁵ Como demostraremos más adelante, la abolición de la esclavitud y la superación del modelo de trabajo servil, de inspiración feudal, fueron cruciales –y correspondieron, por tanto, a premisas reales– para el desarrollo del capitalismo: solamente a través de la fuerza de trabajo libre el capital puede desarrollarse como sistema de obtención de plusvalía en forma de compra y venta entre iguales. En uno de los relatos clásicos de los episodios de 1917, Serge (1993) sitúa en 1861 el hito inicial de los procesos que envolverían a Rusia en el torbellino de las transformaciones de la sociedad capitalista moderna, año en el que el zar Alexandre II decretó el fin de la servidumbre de los campesinos, aboliendo, formalmente, el feudalismo en el Imperio Ruso. No por casualidad, en la misma época tiene su inicio la Guerra de Secesión en Estados Unidos, motivada, entre otras cosas, por el problema de la liberación de la fuerza de trabajo de los lazos esclavistas (cf. Menezes Delfino, 2007, p. 20).

¹⁰⁶ Para una crítica al estado «social» desde una vertiente garantista y democrática, v. Habermas (1986).

posguerra del siglo XX,¹⁰⁷ destacamos que es posible rescatar una historia más compleja, que lleva a conclusiones diversas de aquellas habitualmente extraídas de la literatura tradicional. Aquí podemos destacar situaciones en las que la expansión de los derechos sociales fue reivindicada simultáneamente a la expansión de derechos civiles y políticos, y a la restricción a los derechos patrimoniales y las libertades contractuales.¹⁰⁸

En síntesis, la idea de reducir los derechos sociales a derechos de reconocimiento tardío, y siempre secundarios a los tradicionales derechos fundamentales más clásicos, civiles y políticos, minimiza la ancha y compleja historia de esos mismos derechos. Dicha historia, sin embargo, ayuda en la comprensión de las profundas diferencias existentes entre las políticas sociales más o menos discrecionales, implantadas de acuerdo con la coyuntura económica, cultural y política, y la reclamación de derechos sociales más o menos estables en el tiempo y, por tanto, indisponibles para los poderes de turno. Tal comprensión nos permite, pues, evaluar ciertas políticas como conservadoras y preventivas, relacionadas con un reconocimiento limitado de los derechos sociales, por un lado, y, por otro lado, otras políticas como substancialmente igualitarias y democráticas, vinculadas a la simultánea satisfacción de los derechos civiles, políticos y sociales.

Además, la superación de la tesis que alberga un dibujo lineal de las «generaciones» de derechos nos permite percibir la multiplicidad de vías, escalas y sujetos relacionados, de forma substancial, a la reclamación de los derechos sociales, acentuando el carácter realmente simultáneo, convergente y complementario de la reclamación de derechos civiles, políticos y sociales. Desaparece así toda distinción entre vías institucionales y extrainstitucionales de reclamación de derechos humanos y entre escalas locales, regionales, nacionales e internacionales,

¹⁰⁷ Sin perjuicio, no obstante, de las experiencias de constitucionalización de derechos sociales en las históricas constituciones de México, de 1917, y de Weimar, de 1919.

¹⁰⁸ En ese sentido, v. Pisarello (2003, 2007).

así como la distinción entre personas y ciudadanos como destinatarios de derechos sociales.

En esos contextos, los derechos sociales solo pueden ser vistos como indispensables para que podamos dar contenido material a los derechos individuales y políticos, relacionados con la libertad y la autonomía de la persona y del ciudadano, que, paradójicamente y al mismo tiempo, se demuestran también imprescindibles para asegurar los derechos sociales.

Todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes. Las violaciones de los derechos sociales, en ese contexto, a menudo están relacionadas con violaciones de los derechos civiles y políticos en forma de negaciones reiteradas. Del mismo modo que para el pleno disfrute del derecho a la libertad de expresión es necesario concertar esfuerzos en favor del derecho a la educación, para el disfrute del derecho a la vida es preciso tomar medidas encaminadas a la reducción de la mortalidad infantil, el hambre, las epidemias y la malnutrición.

4 LA INTERDEPENDENCIA Y LA INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

Cuando, desde la perspectiva histórica que nos ofrece la tesis que alberga un dibujo lineal de las generaciones de derechos, pasamos a la percepción normativa de la fundamentación de los derechos sociales, se nos suele presentar una imagen de tales derechos que los relega a una posición subordinada, en términos axiológicos, con relación a los clásicos derechos civiles y políticos.¹⁰⁹

Esa perspectiva admite diferentes formulaciones. Una primera, bastante corriente, es la que sostiene que los derechos civiles y políticos están íntimamente relacionados con intereses que son, de hecho, fundamentales a quienquiera, incluyendo la vida, la libertad, la intimidad y, por eso (o con eso), la propia dignidad, mientras que los derechos sociales no lo están. Por otro lado, está también bastante extendida la idea de que los derechos civiles y políticos están restringidos a valores y principios como la libertad y la seguridad, mientras que los derechos sociales lo están a la promoción de la igualdad. De ahí que, aceptando tales proposiciones, tendríamos que elegir: o estamos ocupados con la promoción de los derechos civiles y políticos, y relegamos a un segundo plano la idea de promoción de la igualdad, o lo hacemos con la promoción de los derechos sociales, y lo que relegamos a un segundo plano es la garantía de las libertades personales.

Se trata, sin embargo, de una perspectiva verdaderamente contradictoria y que se asienta sobre premisas ideológicas que incluyen, de hecho, evidentes inconsistencias discursivas. De cierta forma, la fundamentación axiológica de todos los derechos conduce a la idea de igualdad.¹¹⁰ Lo que convierte un derecho en fundamental en términos

¹⁰⁹ Cf. Añón y Añón (2003, p. 115 y ss.).

¹¹⁰ Sobre la igualdad como principio fundamental al discurso de los derechos, v. Dworkin (2005).

valorativos, y permite tal categorización, es su estructura igualitaria, o sea, el hecho de referirse a intereses que se demuestran tendenciosamente generalizables o inclusivos y, por eso, verdaderamente indisponibles e inalienables.¹¹¹ Sin embargo, el principio de la igualdad es un principio relacional,¹¹² y las cuestiones referentes a los sujetos y al objeto de la igualdad han admitido diferentes respuestas.

En cuanto a los sujetos implicados, la verdad es que, en los estados modernos, un extenso número de derechos, civiles, políticos y sociales, han sido vinculados a la categoría de la ciudadanía, que surgió como una idea claramente inclusiva, y se convirtió, sobre todo en una sociedad como la actual, marcada por migraciones y desplazamientos internos y externos masivos, en un auténtico estatuto de privilegio, exclusivo y excluyente: cuando hablamos de derechos humanos, el derecho internacional, al menos de una manera tendenciosa, busca atribuirlos a las personas de forma generalizada, y no solamente a los ciudadanos, introduciendo así una idea clave para una comprensión igualitaria ampliada del sujeto de derechos. En cuanto al objeto de la igualdad, frente a la tesis que reduce la categorización de derechos a un fundamento axiológico excluyente, podemos fácilmente verificar que, en la realidad, todos los derechos, civiles, políticos y sociales, se fundamentan en la idea de igual satisfacción de ciertas necesidades tenidas como básicas para todas las personas, y, con ella, en su igual dignidad, libertad y seguridad.¹¹³

Otra formulación discutible es la que se refiere a los derechos sociales como derechos –en oposición a otros, como los civiles y políticos– intrínsecamente relacionados con la igualdad, y no con la dignidad. El principio de la dignidad es consustancial, en síntesis, con el derecho de la persona a oponerse a la imposición de condiciones de

¹¹¹ Eso sería, precisamente, lo que distinguiría un *derecho fundamental* de un privilegio, cuya estructura es, por definición, tendenciosamente selectiva, excluyente y enajenable, como destaca Ferrajoli (1990 e 2006).

¹¹² Según Pisarello (2007, p. 38), «el principio de igualdad es un principio relacional, cuyos términos de comparación deben ser definidos: igualdad, sí, pero, ¿entre quiénes? y ¿en qué?».

¹¹³ En ese sentido, v. Carter (2005) y, en especial, Balibar (1992).

vida opresivas o humillantes,¹¹⁴ constituye el elemento central en las modernas justificaciones de los derechos humanos y su reconocimiento es presupuesto, de hecho, en cualquier discusión democrática sobre los derechos tenidos como fundamentales, incluso sobre su propia categorización como tales. Así, en términos normativos, la especificación de lo que podemos considerar «vida digna» o «vida indigna» está relacionada con elementos negativos y positivos.¹¹⁵ Desde una perspectiva utilitarista, por ejemplo, la idea de dignidad – o de vida digna – está más bien relacionada con un conjunto de condiciones que permiten el mantenimiento de la integridad física y psíquica de la persona y, en consecuencia, buscan minimizar las situaciones de malestar, daño u opresión; desde otra perspectiva, constructivista, la idea de dignidad está más relacionada con la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad,¹¹⁶ algo más próximo a lo que llamamos «desarrollo humano».

¹¹⁴ Según la Constitución Jacobina de 1793, la resistencia a la opresión es consecuencia de los demás derechos del hombre: «La résistance à l'oppression est la conséquence des autres Droits de l'homme» (artículo 33).

¹¹⁵ El principio de la dignidad de la persona está inscrito en diferentes tradiciones éticas y políticas, del pensamiento liberal clásico al ideario socialista. En términos positivos, está reconocido por el artículo 10.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) y en diferentes constituciones, de que son ejemplos, además de la brasileña de 1988, la alemana de 1949 (artículo 1: «1. Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. 2. Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt» - 1. La dignidad del hombre es intocable. Toda autoridad pública tendrá el deber de respetarla y protegerla. 2. Con eso, el pueblo alemán declara inviolables e inalienables los derechos de la persona humana, como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo), la española de 1978 (artículo 10: «1. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social») y la colombiana de 1991 (artículo 1: «Colombia es un estado social de derecho [...] fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en el interés general»). Sobre el alcance del principio de la dignidad en el constitucionalismo moderno, v. Gutiérrez (2005) y, en especial, Wolfgang Sarlett (2002, p. 29 y ss.).

¹¹⁶ El principio de la dignidad de la persona está inscrito en diferentes tradiciones éticas y políticas, del pensamiento liberal clásico al ideario socialista. En términos positivos, está reconocido por el artículo 10.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) y en diferentes constituciones, de que son ejemplos, además de la brasileña de 1988, la alemana de 1949 (artículo 1: «1. Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. 2. Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt» - 1. La dignidad del hombre es intocable. Toda autoridad pública tendrá el deber de respetarla y protegerla. 2. Con eso, el pueblo alemán

Esas perspectivas, en realidad, no son recíprocamente excluyentes, y tampoco contradictorias. Si la acción de evitar situaciones de malestar, daño u opresión puede tener, en términos normativos, un valor relevante, eso se justifica, entre otras razones, porque esas acciones son verdaderas premisas para el libre desarrollo de la propia personalidad y, en consecuencia, para la participación en los asuntos públicos. De la mayor o menor garantía de igual dignidad dependen, por tanto, no solamente la preservación de la integridad física y psíquica de la persona, sino también las propias posibilidades de ejercicio de las libertades personales y, por eso, la calidad democrática de una determinada sociedad.

Así, solamente desde una concepción conservadora, restrictiva y equivocada, podemos reducir la noción de dignidad a la simple satisfacción de algunos derechos civiles básicos, como el derecho a la vida, a la intimidad y a la libertad, lo que justificaría, en esa concepción, una tutela debilitada de otros derechos, como los sociales, (supuestamente) indiferentes a la dignidad de la persona. Si es cierto que la dignidad se presenta como fundamento de los derechos de la persona, se demuestra clara, para su acceso, la verdadera interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles, políticos y sociales: el derecho a la vida no prescinde, para su concretización, del derecho a un acceso adecuado a la salud; el derecho a la intimidad o al libre desarrollo de la persona no prescinde, para su concretización, del derecho a la vivienda; el derecho a la libertad, incluso ideológica y de expresión, no prescinde, para su concretización, del derecho a la educación crítica y de calidad.¹¹⁷ En síntesis, los derechos

declara inviolables e inalienables los derechos de la persona humana, como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo), la española de 1978 (artículo 10: «1. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social») y la colombiana de 1991 (artículo 1: «Colombia es un estado social de derecho [...] fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en el interés general»). Sobre el alcance del principio de la dignidad en el constitucionalismo moderno, v. Gutiérrez (2005) y, en especial, Wolfgang Sarlett (2002, p. 29 y ss.).

¹¹⁷ Según Pisarello (2007, p. 40-41), «Sin derechos sociales básicos, los civiles personalísimos corren el riesgo de verse vaciados de su contenido. 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

que habitualmente reconocemos o clasificamos como «sociales» están estrechamente relacionados con la reclamación y con el real ejercicio de los derechos civiles y políticos, así como estos lo están, a su vez, con la reclamación y el real ejercicio de los derechos llamados «sociales».¹¹⁸

Desde la caracterización de los derechos sociales como derechos efectivamente relacionados con la igual dignidad de la persona, también pierden consistencia las formulaciones según las cuales los derechos civiles y políticos, como derechos relacionados con la libertad, se oponen a los derechos sociales. La distinción entre derechos de igualdad y derechos de libertad fue dominante, de hecho, durante la llamada «Guerra Fría», cuando la comunidad internacional llegó a consagrarlos en pactos apartados, ambos de 1966: el de los derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) y el de los derechos civiles y políticos (PIDCP).¹¹⁹ La ratificación de uno u otro incluso llegó a plantearse, para los estados de la época, como una cuestión ideológica: o se optaba por derechos civiles y políticos, y con ellos por la libertad, o se optaba por los derechos económicos y sociales, y con ellos por la igualdad.¹²⁰

Tras la Guerra Fría, con la caída del bloque comunista europeo encabezado por la Unión Soviética, se generaron las condiciones objetivas para que se adoptase la tesis que vendría a ser reivindicada por la Declaración de Derechos Humanos de Viena (1993), de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos. Sin embargo, la crisis de los tradicionales estados sociales, sumada al fenómeno de la globalización,¹²¹

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».

¹¹⁸ Destacamos, incluso, que derechos civiles y políticos tradicionales, como el derecho a la información, a la participación y al debido proceso, son fundamentales para asegurar no solamente la eficacia de los derechos sociales en el ámbito de políticas sanitarias, de vivienda, de educación o laborales, por ejemplo, sino también su legitimidad; o sea, sirven de instrumentos que hacen posible la medida de la capacidad de las políticas públicas, de que apelen para la autonomía y la dignidad de sus destinatarios.

¹¹⁹ El PIDESC fue adoptado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1966, y contiene, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), los principales compromisos consecuentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹²⁰ Sobre el origen y las discusiones que envolvieron la ratificación de los pactos, v. Craven (1995).

¹²¹ El concepto de globalización se introdujo en los años 80 en varias universidades estadounidenses (Harvard, Columbia y Stamford, por ejemplo) para sustituir a los de economía neoclásica o

favoreció la tesis de contraposición tradicional entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, aumentando, aún más que la primacía de los derechos civiles y políticos sobre los sociales, la idea de la primacía casi absoluta de los derechos patrimoniales, de forma que la real contraposición que se colocaba no se refería a la libertad frente a la igualdad, conceptos relacionales,¹²² sino a los derechos civiles y, sobre todo, patrimoniales frente a la igualdad social.

Como vemos, la noción de libertad, como la de dignidad, es problemática, pues puede encerrar diferentes valores y significados, pudiéndose distinguir en ella tanto una dimensión negativa como otra positiva: la libertad negativa correspondería a una especie de inmunidad, caracterizada por la ausencia de interferencias arbitrarias del estado o de actores privados; la libertad positiva correspondería a la posibilidad de la persona de definir planes de vida y de participar en la discusión y deliberación de los asuntos públicos.¹²³

En ese contexto, aunque habitualmente se haya consentido con un discurso que caracteriza como contradictorias esas dos dimensiones, negativa y positiva, de la libertad, nos parece posible caracterizarlas, más que como recíprocamente relacionadas, como recíprocamente complementarias y como condicionantes de la más amplia «libertad real»,¹²⁴ ecuación cuyo núcleo envuelve la protección de los derechos

neoliberalismo, expresiones que comenzaban a estar desgastadas debido a los efectos negativos de su aplicación en varios países de la periferia y también a causa de la «demonización» de dichos conceptos por parte de la crítica: «el grave deterioro en las condiciones sociales causado por el neoliberalismo [...] llevó a la demonización del mismo por parte de los neoestructuralistas y marxistas, razón por la cual sus teóricos idearon el término globalización para disfrazar los postulados internacionales de la corriente» (MORALES, 2001, p. 20).

¹²² Según Balibar (1992, p. 124 y ss.), una de las consecuencias claras de la declaración francesa de derechos de 1789, y con ella del discurso moderno sobre derechos, es precisamente la identidad entre igualdad y libertad. Esa ecuación (*égalité*, según Balibar) permitiría a las futuras generaciones la articulación de un principio de mutua implicación, históricamente abierto, en virtud del cual no cabría concebir desgloses o restricciones de las libertades personales que no acarreasen desigualdades sociales, ni desgloses o restricciones de desigualdades sociales que no supriman o restrinjan libertades.

¹²³ Sobre la distinción entre libertad negativa y positiva, tributaria de la distinción de Benjamin Constant entre *libertad de los modernos* y *libertad de los antiguos*, v. Berlin (1998).

¹²⁴ Esa perspectiva de libertad real como superación de la dicotomía *libertad negativa* y *libertad positiva* es defendida por Añón y Añón (2003, p. 71-126).

sociales: el ejercicio de la libertad real –y, con él, la satisfacción de los derechos civiles, políticos y sociales– está vinculado a inmunidades negativas y a facultades positivas.¹²⁵

Así, la libertad negativa, abandonando la concepción conservadora según la cual casi toda la interferencia pública en la esfera personal es arbitraria, especialmente cuando están en juego la propiedad privada y las libertades contractuales, puede ser vista como el derecho a no sufrir interferencias arbitrarias sobre la fruición de los recursos que corresponden a las necesidades básicas no solamente para la supervivencia, sino también para la realización de planes de vida, individuales y colectivos, cuestiones que envuelven el acceso a la vivienda, a la salud, a la educación y al trabajo, por ejemplo. Por otro lado, desde una perspectiva democrática e igualitaria, las interferencias que tuviesen por objetivo la satisfacción de esas necesidades básicas no solamente serían legítimas, sino que constituirían el verdadero corolario del principio de igual libertad o de «libertad real». La libertad positiva, en ese contexto, estaría asociada al derecho de las personas de recibir –tener acceso a– los recursos que permiten una vida emancipada, libre de la dominación de los otros y la posibilidad concomitante de construir, con los otros, una pauta pública común en condiciones de aproximada igualdad.¹²⁶ Así, mientras la clásica perspectiva conservadora se construye desde una noción selectiva y excluyente de esas inmunidades, una perspectiva democrática e igualitaria solamente permite concebirlas como derechos generalizables e inclusivos.

Esa distinción entre intereses generalizables e inclusivos, por un lado, y selectivos y excluyentes, por otro, nos permite comprender mejor la tensión estructural entre los derechos civiles, en su expresión patrimonial (propiedad privada y libertad contractual) y los derechos sociales. En la medida en que el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales, en condiciones de aproximada igualdad, está vinculado al

¹²⁵ En ese sentido, v. Pisarello (2003, 2007).

¹²⁶ Para una profundización de esas perspectivas, v. Bertomeu *et al.* (2005).

control de ciertos recursos, ese ejercicio guarda estrecha relación con el derecho a la propiedad, entendido como un derecho generalizable en el sentido de que, si la disposición más o menos igualitaria de bienes y recursos necesarios al desarrollo humano solamente es posible a través de medidas que tiendan a evitar su concentración y a garantizar su distribución, dicho ejercicio solo puede ser garantizado a través de tomas de posición en conflicto con el derecho de propiedad privada y con las libertades contractuales, derechos tendenciosamente excluyentes y que se constituyen, habitualmente, como fuente de diversos abusos y privilegios.¹²⁷

La Constitución Mexicana de 1917, pionera en la consagración de los derechos sociales, trató de establecer en ese sentido, además de una serie de institutos que enriquecieron considerablemente la protección jurídica de las relaciones de trabajo, tratando materias como la limitación de la jornada de trabajo a ocho horas diarias, la prohibición del trabajo a menores de 12 años y limitación a seis horas para los menores de 16 años, la jornada nocturna máxima de siete horas, el descanso semanal, la protección a la maternidad, el salario mínimo, la igualdad salarial, el adicional de horas extras, la protección de la maternidad, el derecho a la huelga, el derecho de sindicación, la indemnización de dispensa, higiene y seguridad del trabajo, el seguro social y la protección contra accidentes del trabajo –al punto de ejercer una fuerte influencia sobre el texto de la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado que sería adoptada en la Rusia revolucionaria por el III Congreso Pan-Ruso de los Soviets en su artículo 27–, un enorme avance en el sentido de la protección de la persona humana, relativizando el «sagrado» derecho a la propiedad privada y sometiéndolo incondicionalmente al interés de todo el pueblo. Con eso, estableció el fundamento jurídico para una radical revisión de la propiedad, que se produciría mediante una amplia reforma agraria, la primera del continente americano. La presión popular por la

¹²⁷ Sobre la distinción entre derecho *de* propiedad y derecho *a la* propiedad, v. Waldron (1990, p. 20-24) y Krause (2003, p. 191 y ss.).

misma y la revolución zapatista le concedieron una importancia singular para el constituyente mexicano de 1917.¹²⁸

Pero el control sobre los poderes de los mercados y la remoción de los obstáculos privados que obstaculizan la libertad real, sin embargo, no implican la eliminación de hecho del derecho de propiedad, sino solamente la promoción de aquellas formas de propiedad –y, sobre todo, de control sobre los recursos– que se demuestran generalizables y no excluyentes: desde la propiedad social y cooperativa, especialmente de los grandes recursos productivos, hasta el usufructo y otras formas de propiedad personal.¹²⁹ Y, para que haya coherencia con la intención de ampliar la autonomía y de evitar arbitrariedades, esas limitaciones deben ser proporcionales al tamaño y la capacidad de actuación de los poderes privados: su finalidad, en consecuencia, sería la de asegurar una (re) distribución más igualitaria de la autonomía, comenzando justamente por los grupos menos dotados de autonomía en la sociedad, y de prevenir o incluso sancionar el ejercicio abusivo o el uso antisocial de derechos-

¹²⁸ La Constitución Mexicana de 1917 trató de establecer que «La propiedad de las tierras y las aguas [...] pertenece originariamente a la nación, la cual tuvo y tiene el derecho de transmitir su dominio a los particulares, constituyendo así la propiedad privada. La nación tendrá, en todo momento, el derecho de imponer a la propiedad privada las determinaciones dictadas por el interés público, así como de regular el aprovechamiento de todos los recursos naturales susceptibles de apropiación, con el fin de realizar una distribución equitativa de la riqueza pública y para su conservación. Con ese objetivo, serán dictadas las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios».

¹²⁹ Perspectiva que, en Brasil, se demuestra perfectamente coherente con las disposiciones constitucionales sobre el respeto del derecho de propiedad y de libertad de empresa, limitados por cuestiones que pasan por su función social. Por ejemplo: «A República Federativa do Brasil [...] tem como fundamentos: [...] os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;» (artículo 1.º, apartado IV); «a propriedade atenderá a sua função social» (artículo 5.º, apartado XXIII); «São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei» (artículo 7.º, apartado XI); «Compete à União instituir impostos sobre: [...] grandes fortunas, nos termos de lei complementar» (artículo 153, apartado VII); «A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] função social da propriedade» (artículo 170, apartado III); «A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros» (artículo 172); «A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros» (artículo 173, párrafo 4.º); «A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo» (artículo 174, párrafo 2.º).

poderes como la propiedad privada o la libertad de empresa.¹³⁰ Claro está que deberíamos evitar que esas limitaciones se convirtiesen en nueva fuente de concentración de poderes, tanto de mercado como de estado. Así, desde esas limitaciones y controles, no se produciría el deterioro del sistema de libertades, como afirman las tesis liberales, sino, al contrario, el fortalecimiento de esas libertades, personales y colectivas.¹³¹

Desde esa perspectiva, todos los derechos, civiles, políticos, e incluso sociales, pueden ser considerados derechos de «libertad real»: el objetivo de esos derechos es, precisamente, satisfacer las necesidades básicas de las personas, permitiendo que disfruten, de forma estable y sin intervenciones arbitrarias, de su propia autonomía. No hay, por tanto y, de hecho, una contraposición entre derechos sociales y civiles mientras que derechos de real libertad. Al contrario, los derechos sociales aparecen aquí como instrumentos imprescindibles para la libertad, entendida con un contenido real y estable en el tiempo, destinados a asegurar las condiciones materiales que la posibilitan tanto en la esfera privada como en los procedimientos públicos de toma de decisiones.¹³²

De cualquier forma, si bien los derechos sociales pueden ser vistos como derechos de libertad, también pueden serlo los derechos civiles y políticos como derechos de igualdad.¹³³ Así, todos los derechos, civiles, políticos y sociales, pueden relacionarse tanto con el principio de la igualdad formal, que prohíbe la discriminación, como con el principio de la igualdad substancial, que obliga a compensar o a eliminar las desigualdades fácticas. Desde una perspectiva formal, los derechos civiles y políticos, por ejemplo, podrían incluir derechos como los de asociación y de libertad ideológica; desde una perspectiva substancial, esos mismos derechos se relacionarían con las condiciones materiales que permiten el ejercicio del derecho de asociación y de libertad ideológica, y con la

¹³⁰ Para una propuesta análoga, basada en una relectura del *principio de la diferencia* de Rawls, v. Santiago Nino (1989).

¹³¹ En ese sentido, v. Pisarello (2003, 2007).

¹³² Así, desde diferentes perspectivas, Habermas (2005, p. 147) y Fabre (2000, p. 111 y ss.).

¹³³ En ese sentido, v. Pisarello (2003, 2007).

remoción de los obstáculos, públicos o privados, que impidan, de hecho, ese ejercicio.¹³⁴

Destacamos, sin embargo, que la igual tutela de derechos civiles, políticos y sociales –y con ella, de las libertades personales–, no pretende –ni podría asegurar– una igualdad automática en los resultados o puntos de llegada, pero sí una igualdad de oportunidades, o sea, garantizar a todas las personas las condiciones necesarias a la capacidad para la participación en la vida social y para definir, revisar y mantener proyectos de vida propios, de forma que cada persona pueda asumir su responsabilidad¹³⁵ y, con ella, las consecuencias que advienen del libre ejercicio de sus derechos: la posición que una persona ocupa en la sociedad, determinada económica, social y culturalmente, no depende hoy necesariamente de sus méritos o deméritos, ni de su propia responsabilidad, pues existen situaciones de privación de varios tipos, en virtud de las cuales la persona no debería ser culpabilizada, sino, de alguna forma, compensada.¹³⁶

¹³⁴ Ese doble principio fue reconocido, por vez primera, en el artículo 3.º de la Constitución Italiana de 1948: «[...] *È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*», y es conocido como «cláusula Basso», en homenaje al diputado socialista que lo idealizó.

¹³⁵ Empleamos aquí el término *responsabilidad* en la acepción dada por la literatura psicoanalítica convencional, o sea, como equivalente a la acción con discernimiento y conciencia acerca de los efectos producidos por la persona sobre sí y sobre los demás. Conciencia y discernimiento que permiten al ser humano reconocerse, a un mismo tiempo, como actor libre para escoger y decidir sobre sus actitudes, así como para reconocerse como aquel a quien se atribuyen las consecuencias de sus propios actos.

¹³⁶ Una de las contribuciones de Rawls para la construcción del pensamiento igualitario que inspiró a otros autores, como Dworkin y Cohen, fue la idea de que las personas podrían ser responsabilizadas por sus ambiciones, pero no por sus capacidades físicas o mentales. Según Rawls (1997), el talento natural de algunas personas se debía a la *suerte bruta*, y no a la *suerte por opción*. Por eso, los más afortunados solamente tendrían derecho a beneficiarse de la *suerte* si, con eso, hubiese alguna mejora en la condición de los peores situados en la sociedad. Cohen (1989) critica los términos del *principio de diferencia* de Rawls por considerarlo un «chantaje» de los más afortunados que, por serlo, no tendrían, en realidad, derecho a la postulación de beneficios adicionales con el pretexto de mejorar la vida de los menos afortunados: Cohen propone una igualdad *profunda* de oportunidades que niega beneficios a aquellos que, de manera irresponsable, gastan mal un recurso valioso. Además de la remoción de las desigualdades resultantes de la «mala suerte», algunos autores, como Callinicos (2003, p. 95 y ss.) defienden la idea de limitación de todas las desigualdades que provienen de apropiaciones «ilegítimas» de las capacidades físicas o mentales de otros, como las que provienen de las actividades especulativas o de las relaciones de explotación. En España, en especial, el Estatuto de Autonomía de Cataluña trae la idea de libertad y autonomía como bienes contrapuestos a la idea de explotación: «Todas las personas tienen derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de maltratos y de

Teniendo en cuenta tales premisas, un proyecto que pudiese asegurar, de hecho, la igualdad de oportunidades para las personas debería proponer, antes de nada, la remoción de las causas estructurales que colocan a las personas en situación de vulnerabilidad y la aproximación de esas mismas personas a las condiciones materiales que les permitirían ejercer la libertad, no solo inicialmente, sino a lo largo de todo un proceso dinámico de promoción de la igualdad.¹³⁷

Por fin, una última tensión aparente entre igualdad y diversidad debe ser apuntada cuando nos referimos a la percepción filosófica y normativa de los derechos sociales: la tesis según la cual los derechos sociales tutelan una especie de homogeneidad social, en perjuicio del pluralismo y de la diversidad cultural. Si aceptamos que todos los derechos humanos están intrínsecamente relacionados con la igual dignidad y libertad, podremos fácilmente concluir que, como instrumentos que capacitan a las personas para la participación en la vida social y la elección de planes de vida propios, los derechos sociales, como la propia noción de libertad, traen en sí mismos el germen del pluralismo y de la diversidad cultural.¹³⁸ Así las cosas, los derechos civiles, políticos y sociales se fundamentan en la necesidad de satisfacción del más amplio derecho a igual libertad e igual diversidad de todas las personas.¹³⁹

toda forma de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad laboral» (artículo 15.2).

¹³⁷ Según Aranguren (1994, p. 436), «La justicia no consiste simplemente en dar a cada uno, ‘de una vez y para todas’, lo suyo, sino de ‘restituírselo’, de establecer *iterato, de nuevo*, una y otra vez, en su dominio», pues «la justicia ni fue establecida ni puede establecerse de una vez y para siempre [...] el reparto se desequilibra constantemente y siempre volvemos a ser *iterate*, acreedores y deudores».

¹³⁸ Sobre ese vínculo entre la capacidad y la libertad y entre la capacidad y la diversidad, v., por ejemplo, Sen (2006, p. 9 y 86).

¹³⁹ Resaltamos, sin embargo, que, en un contexto de mercantilización de diversas esferas de la vida, la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, y la definición de lo que sean esas necesidades, exige pensar en los derechos civiles, políticos y sociales como derechos de igual libertad, pero con limitaciones. La ampliación de la autonomía, que se identifica con la emancipación, no puede ser vinculada a la posesión indiscriminada sobre las cosas. Así, la ampliación del círculo de solidaridad que envuelve a los derechos sociales y el derecho al desarrollo humano implican establecer límites al ejercicio absoluto de los derechos, en especial a la tendencia de que tales derechos asuman una estructura tendenciosamente acumulativa y excluyente, propia de los derechos patrimoniales. Una redistribución de los recursos no prescinde de una renuncia igualitaria a ciertos bienes y servicios por las minorías privilegiadas, que no son solidarios o generalizables. Aunque importantes para la extensión de la autonomía, no todos

En síntesis, la idea de subordinación axiológica de los derechos sociales a los derechos civiles y políticos no se sostiene.¹⁴⁰ Al contrario, todos esos derechos, civiles, políticos y sociales, pueden ser considerados indivisibles e interdependientes, herederos de una fundamentación común: la igual dignidad, la igual libertad y la igual diversidad de todas las personas. Claro está que esa formulación no excluye la posibilidad de situaciones de conflicto entre derechos,¹⁴¹ que deben ser sometidas a la técnica de la ponderación.¹⁴²

los gustos y preferencias pueden ser considerados legítimos, especialmente cuando fracasa el acceso de otros a las necesidades básicas. La emancipación incluye, pues, la concertación en el ámbito de los grupos sociales, que, a partir del diálogo y del papel participativo de sus miembros, adquieren cierta capacidad para juzgar y justificar sus gustos, preferencias y necesidades reales ante sí mismos y ante los demás individuos del grupo y de otros grupos (BARBOSA DE SOUZA GUSTIN; FONSECA DIAS, 2006, p. 11).

¹⁴⁰ En ese sentido, v. Pisarello (2003, 2007).

¹⁴¹ Además, en la mayoría de los sistemas políticos y económicos contemporáneos, es posible verificar la existencia de conflictos estructurales que comportan tensiones, más que entre derechos, entre derechos y poderes. Es el caso, por ejemplo, del derecho de propiedad, que, cuando opera de manera tendenciosamente ilimitada, tiende a transmutarse en verdadero poder y a poner en riesgo la vigencia de otros derechos fundamentales. Es el caso, también, de los derechos relacionados con la participación política, que también pueden convertirse en poderes burocráticos que tienden a amenazar las libertades personales. En ese sentido, Bourdieu (2001, p. 15 y ss.) destaca la ambigüedad inherente a las lógicas de la delegación de poderes, por las cuales, si el representante, por un lado, contribuye a la existencia, en el plano político, del grupo que representa, por otro, corre el riesgo de alejarse de su voluntad colectiva. El propio acto de delegación, en los sistemas en los que la representación institucional es producto de la elección, trae en sí mismo la tendencia hacia una concentración personal y patrimonialista del poder político e, incluso, a la burocratización.

¹⁴² Cf. Zagreblesky (2005).

5 LA DETERMINABILIDAD Y LA TUTELABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

Incluso entre aquellos que, abandonando el dibujo lineal de las generaciones de derechos, están dispuestos a reconocer que los derechos sociales no son simples derechos tardíos, que *vienen después de* los llamados derechos fundamentales, civiles y políticos, y que, a despecho de la percepción filosófica y normativa habitual de la fundamentación de los derechos sociales, consiguen concebir los derechos civiles, políticos y sociales como derechos con fundamentos comunes, existe la convicción de que los derechos sociales se diferencian estructuralmente de los derechos civiles y políticos, diferencia estructural que incide, sobre todo, sobre las concepciones con respecto a las posibilidades de tutela de los derechos sociales.

En ese contexto, los derechos civiles y políticos son tradicionalmente identificados como derechos negativos, no onerosos, exigibles y, además, de fácil protección, al tiempo que los derechos sociales serían derechos positivos, gravosos, indeterminados y de eficacia mediata, condicionados, en su concretización, por criterios de razonabilidad o de disponibilidad, a la reserva del posible, o sea, a contingencias, sobre todo económicas, en un claro contexto de contiendas ubicativas.

En síntesis, los derechos sociales traerían en sí meros principios rectores o cláusulas programáticas y, dada su dimensión colectiva, no serían posibles para los derechos sociales ciertas formas de tutela ante los órganos jurisdiccionales, que, ante la reserva del posible, nada podrían hacer para garantizarlos.¹⁴³

Muchas de esas percepciones traen, en sí, argumentos históricos y axiológicos para su justificación, como ya vimos. Pero, una vez más,

¹⁴³ Sobre diferentes variaciones de esa formulación, v. Abramovich y Courtis (2002, p. 21 y ss.).

trataremos de refutar los argumentos traídos a la pauta, demostrando que esos mismos argumentos, utilizados para aportar una visión debilitada de los derechos sociales, pueden extenderse fácilmente a todos los derechos, incluso a los civiles y políticos.

La alegación de que los derechos civiles y políticos generan tradicionalmente obligaciones negativas, de abstención, y por eso son derechos «baratos» y de fácil tutela, en contraposición con los derechos sociales, positivos, de intervención, que serían, entonces, derechos «caros» y de difícil tutela, no se sostiene, pues ni los derechos civiles y políticos pueden ser caracterizados solamente como derechos negativos, de abstención, ni los derechos sociales pueden ser caracterizados solamente como derechos positivos, de intervención.

Los derechos civiles y políticos son, también, derechos positivos, de prestaciones. Así pues, el derecho de propiedad, por ejemplo, no demanda, como habitualmente apunta el pensamiento liberal clásico, solamente la ausencia de interferencias arbitrarias, sino un amplio número de prestaciones públicas gravosas que van desde la creación y mantenimiento de diversos tipos de registros (de propiedad automotora, inmobiliaria o industrial, por ejemplo) a la creación y mantenimiento de fuerzas de seguridad y órganos jurisdiccionales que puedan garantizar el cumplimiento de los contratos que envuelven a la propiedad.

El derecho político de voto contiene, asimismo, una amplia y gravosa infraestructura que incluye desde cuestiones mínimas, como urnas, papeletas electorales, etc., a otras más complejas, como escrutadores, mecanismos de conteo, recuento y registros, logística, órganos jurisdiccionales, etc. Todos los derechos civiles y políticos, en síntesis, comportan, de la misma forma que los derechos sociales, una dimensión distributiva cuya satisfacción demanda múltiples recursos, financieros y humanos. En síntesis, no solo los derechos sociales implican costes para el estado; los derechos civiles y políticos, en tanto en cuanto exigen una abstención del estado y/o de los particulares, o sea, la no intervención en la esfera de autonomía y libertad de los individuos,

dependen de una gravosa estructura estatal para ser hechos realidad.¹⁴⁴ Lo que está en juego, por tanto y normalmente, no es cómo garantizar derechos «caros», sino decidir cómo y con qué prioridad serán asignados los recursos que todos los derechos, civiles, políticos y sociales, exigen para su satisfacción.

Asimismo, los derechos sociales, aunque normalmente asociados a prestaciones (derechos positivos), también comportan deberes de abstención. Así, el derecho a la vivienda exige respeto no solamente a una demanda de políticas que permitan el acceso a la vivienda, sino también al derecho de no ser arbitrariamente desalojado y de no incluir cláusulas abusivas en los contratos de alquiler o adquisición del inmueble. El derecho al trabajo está fundamentalmente relacionado con la protección frente a despidos arbitrarios, lo que supone un deber de abstención por parte de las empresas.

Podemos afirmar, en síntesis, que todos los derechos, civiles, políticos y sociales, de una forma o de otra, determinan obligaciones exigibles, negativas, de abstención o respeto, y positivas, de intervención o satisfacción, de los poderes públicos y, además, obligaciones concernientes a su protección frente a vulneraciones provenientes de acciones u omisiones de particulares.¹⁴⁵

Por otro lado, una de las principales obligaciones que los derechos sociales generan para los poderes públicos supone el respeto a un deber negativo, fundamentado en el principio de la no-regresividad, que, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas,¹⁴⁶ obliga a los poderes públicos

¹⁴⁴ La idea de que todos los derechos tienen un coste constituye el argumento central de Holmes y Sunstein (1999).

¹⁴⁵ Shue (1980, p. 52-53) distingue el amplio abanico de obligaciones consecuentes de todos los derechos, civiles, políticos y sociales para los poderes públicos, concentrando las obligaciones, sobre todo, en tres: evitar privaciones, proteger y ayudar: *to avoid, to protect, to aid*.

¹⁴⁶ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas es el organismo encargado de la supervisión del cumplimiento del PIDESC, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Según el 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

a no adoptar políticas y, en consecuencia, sancionar normas que vengan a desmejorar, sin razón justificada, la situación de los derechos sociales en el país.

Ese mismo principio de irreversibilidad de las conquistas sociales fue articulado constitucionalmente desde la aprobación, en Alemania, de la Ley Fundamental de Bonn (1949),¹⁴⁷ como corolario de la fuerza normativa de la constitución y del contenido mínimo o esencial de los derechos en ella reconocidos, y se extendió hacia diversos ordenamientos jurídicos, como el portugués,¹⁴⁸ el español,¹⁴⁹ el colombiano,¹⁵⁰ el brasileño¹⁵¹ y el francés.¹⁵²

La idea de no-regresividad no retira al estado la posibilidad de promover ciertas reformas en el ámbito de sus políticas sociales, *prima facie* regresivas, por ejemplo, para (re)asignar los recursos necesarios a la inclusión social de determinados grupos en situación de mayor vulnerabilidad. Ahora bien, los poderes públicos tienen que demostrar siempre a la ciudadanía que las alteraciones que pretenden promover redundan, al final, en una mayor protección de los derechos sociales.

Prestando atención a determinados criterios, la razonabilidad o proporcionalidad de un programa o de una acción aparentemente regresiva, en materia de derechos sociales, puede ser contrastada,¹⁵³ de

contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos que se dispone» (cf. Courtis, 2006, p. 79).

¹⁴⁷ Sobre el caso alemán, v. Franco (apud COURTIS, 2006, p. 361 y ss.).

¹⁴⁸ En Portugal, Gomes Canotilho (1999, p. 449) apunta a la existencia de cláusulas constitucionales implícitas que prohíben una «evolución reaccionaria» o el «retroceso social».

¹⁴⁹ En España, el tema de la irreversibilidad de los derechos sociales fue tratado por Ojeda Marín (1996, p. 91 y ss.).

¹⁵⁰ Cf. Arango (apud COURTIS, 2006, p. 153 y ss.).

¹⁵¹ Cf. Wolfgang Sarlett (apud COURTIS, 2006, p. 329 y ss.).

¹⁵² Según Roman (2002, p. 280), el Consejo Constitucional francés ha hecho uso, aunque de forma irregular, del llamado *cliquet anti-retour*.

¹⁵³ Según Bernal Pulido (2003), hay elementos básicos que integran la «prueba» de proporcionalidad en algunos ordenamientos contemporáneos, como el alemán, al que podemos recurrir a través del derecho comparado. Esos criterios incluirían: a) la *legitimidad* de la medida en pauta, o sea, su vinculación al ordenamiento y, sobre todo, a los fines prescritos; b) la *apritud* de la medida en pauta, o sea, su carácter realmente adecuado a la protección de los fines prescritos; c) la *necesidad* de la medida en pauta, o sea, su carácter imprescindible y, antes de nada, la inexistencia de medios menos gravosos para los derechos afectados, y d) la *proporcionalidad*, en sentido estricto, de la medida en pauta, o sea, si de ella derivan más beneficios y ventajas de interés general de lo que para otros bienes y valores en conflicto.

modo que pueda permitir al estado justificar el programa o política, sin perjuicio del reconocimiento de un núcleo mínimo absolutamente protegido,¹⁵⁴ contra lo cual no cabe limitación alguna, aunque sea «proporcional».¹⁵⁵

El deber de no-regresividad en materia de derechos sociales está relacionado con un deber de progresividad.¹⁵⁶ Ese principio autoriza a los poderes públicos a adoptar programas y políticas de desarrollo de derechos sociales de manera gradual, en la medida en la que existan recursos disponibles (la reserva del posible), pero desautoriza a los estados la postergación indefinida de la satisfacción de los derechos en pauta.¹⁵⁷ Por el contrario, demanda acciones concretas, comenzando por la de demostrar que están realizando el máximo de esfuerzos y empleando el máximo de recursos disponibles (humanos, financieros, tecnológicos, etc.) para la satisfacción, al menos, del contenido esencial de los derechos sociales y para dar soluciones, de forma prioritaria, a los grupos en situación de mayor vulnerabilidad.

En síntesis, si la idea de la reserva del posible puede ser utilizada como argumento a la ciudadanía por los gobiernos en un contexto de contiendas ubicativas, en el sentido de justificar la falta de materialización de determinados derechos sociales, si todos los derechos, civiles, políticos y sociales, son, en mayor o menor grado, gravosos, y si lo que está en

¹⁵⁴ Sobre las llamadas «teorías absolutas» del contenido esencial de los derechos, v. Alexy (1994, p. 288 y ss.).

¹⁵⁵ Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, ese deber de no-regresividad se impone en tiempos de crisis económicas, de forma que «a pesar de los problemas causados externamente, las obligaciones dimanantes del Pacto continúan aplicándose y son, quizá, más pertinentes durante tiempos de recesión económica. Por consiguiente, al Comité le parece que un deterioro general de las condiciones de vida [...], que sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los estados parte, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto» (Observación General n.º 4, 1991).

¹⁵⁶ Cf. Pertence (apud COURTIS, 2006, p. 117 y ss.).

¹⁵⁷ La escasez presupuestaria, por sí sola, no puede ser planteada como un argumento suficientemente sólido para el alejamiento del imperativo de implementación de los derechos fundamentales sociales. Aunque los recursos públicos sean limitados, el estado debe asignar recursos presupuestarios específicos para el cumplimiento de los derechos sociales en la medida de lo posible, pero siempre poniendo el máximo esfuerzo en la promoción de las garantías de tales derechos sociales.

juego, en realidad, es decidir cómo y con qué prioridad serán asignados los recursos que los derechos, civiles, políticos o sociales exigen para su satisfacción, el poder político, al invocar la reserva del posible, debe demostrar siempre que está haciendo lo máximo posible (en todos los campos: financiero, personal, tecnológico etc.) y que está dando prioridad a los grupos más vulnerables.¹⁵⁸

Por otro lado, los derechos sociales son habitualmente caracterizados como derechos «vagos» o indeterminados. Así, fórmulas como el «derecho al trabajo» dirían muy poco respecto del efectivo contenido del derecho en cuestión, así como de las obligaciones que advienen de él, razón por la cual los derechos sociales, clásicamente, comportarían algunas obligaciones de resultado, dejando indeterminados, sin embargo, los instrumentos concretos de acción para alcanzarlas. Los derechos civiles y políticos, al contrario, no solo estipularían el resultado a ser perseguido, sino que, además y al menos, indicarían los medios necesarios para su no violación.

Nuevamente, los argumentos que apuntan a la conclusión de que los derechos sociales son derechos de difícil protección no se sostienen. Cierta grado de indeterminación, incluso en términos semánticos, es inherente no solo al lenguaje jurídico, sino al propio lenguaje natural. En el caso de derechos tenidos por humanos y/o fundamentales, consagrados en tratados internacionales o en las constituciones, esa indeterminación puede advenir de una exigencia derivada del pluralismo jurídico, pues una regulación excesiva del contenido y de las obligaciones consecuentes de un derecho podría cercenar el espacio democrático del diálogo social respecto su alcance.¹⁵⁹ Así, ni la apertura relativa en la formulación de

¹⁵⁸ Aquí observamos un mandato claro dirigido al poder político: si hay un grupo más vulnerable y los recursos son limitados, las posibles políticas deben ser prioritariamente dirigidas a las necesidades de esos grupos más vulnerables. En ese contexto, la justificación de la *reserva del posible* encierra un juicio comparativo entre qué *no se puede hacer* y qué *se está haciendo*, y demanda siempre la demostración del empleo del máximo recurso: si hay *superávit* fiscal, por ejemplo, no se justifica la exposición de las personas a condiciones de vida indigna desde el recurso de la reserva del posible.

¹⁵⁹ En ese sentido, v. el informe de M. Daly para el Comité Europeo para la Cohesión Social (DALY, 2003).

los derechos sociales tiene el efecto de tornarlos ininteligibles, ni la indeterminación supone un límite insuperable.¹⁶⁰

Términos asociados a los derechos civiles clásicos, como honor, propiedad y libertad de expresión, no son menos oscuros que los comúnmente encontrados en el ámbito de los derechos sociales. Todos los derechos están provistos de un «núcleo de certeza»,¹⁶¹ delineado por convenciones lingüísticas y prácticas hermenéuticas que no son absolutamente estáticas, sino dinámicas, y que, por eso, incluso contemplan, en cualquier tiempo, la posibilidad de desarrollo interpretativo y de «zonas grises». En esos contextos, si la mayor parte de los esfuerzos de la actividad legislativa, jurisdiccional y doctrinaria están dedicados a los derechos civiles y políticos, eso no corresponde a una mayor oscuridad estructural de los derechos sociales, sino a una opción deliberada y claramente ideológica.¹⁶²

Nada impide, por tanto, el desarrollo de criterios o indicadores que delimiten el significado más adecuado para un determinado derecho social. Antes bien, el establecimiento de esos parámetros o indicadores es, más que deseable, imprescindible para el control del cumplimiento de las obligaciones del estado en materia de derechos sociales, incluso para distinguir, por ejemplo, si el incumplimiento de un deber adviene de una falta de capacidad o de una verdadera falta de voluntad política,¹⁶³ o para verificar si, en un determinado ordenamiento jurídico, una situación de regresión, estancamiento o progresión en materia de derechos sociales se produjo en un cierto período de tiempo.

Muchos de esos criterios son lo que denominamos *soft law*, o sea, constituyen pautas meramente interpretativas que, a pesar de

¹⁶⁰ Cf. Pisarello (2007, p. 67).

¹⁶¹ En ese sentido, v. Adolphus Hart (1963).

¹⁶² Cf. Alexy (1994, p. 490).

¹⁶³ Además, datos inexactos, incorrectos o incluso falseados tienden a ser elementos determinantes en muchas violaciones de los derechos sociales. La existencia, o no, de *recursos suficientes* para la financiación de una política pública y la sustentación de criterios de elaboración, aplicación y evaluación de políticas pautados por argumentos como *razonabilidad* y *adecuación*, son cuestiones sujetas a comprobación, incluso a través de datos estadísticos, y a cuyos argumentos siempre es posible oponer otros.

poseer estructura jurídica, no tienen carácter obligatorio. Sin embargo, su invocación por los destinatarios del derecho y su consideración por los poderes públicos podría ayudar, de forma eficiente, para la definición de un contenido de los derechos sociales y de las obligaciones que de ellos advienen, sea para los poderes públicos, sea para los particulares.¹⁶⁴

En ese sentido, por ejemplo, diversos tribunales han reconocido la tesis de la existencia de marcos mínimos o esenciales en materia de derechos sociales, obligatorios tanto para los poderes públicos como para los actores privados, desde el derecho internacional o de los marcos consagrados en los propios ordenamientos constitucionales. Así, el Tribunal Constitucional alemán entendió que, a pesar de que los derechos sociales no estén consagrados de forma explícita en la Ley Fundamental de Bonn, es posible derivar de ella el derecho a un mínimo vital existencial, bien vinculado al principio de la dignidad de la persona,¹⁶⁵ bien al de la igualdad material,¹⁶⁶ bien al del estado social.¹⁶⁷ Asimismo, la Corte Constitucional colombiana dedujo, del texto constitucional, el derecho a un «mínimo vital», integrado por aquellos bienes y servicios necesarios para una vida digna, sobre todo en situaciones de urgencia,¹⁶⁸ extendiendo el alcance de este «mínimo» a la definición de derechos relativos a la salud, a la vivienda y a la seguridad social. Así, ni la determinación del contenido de los derechos sociales, ni la estipulación de las acciones que su satisfacción exige, ni la identificación de los sujetos implicados, son cuestiones que se coloquen fuera del alcance de los órganos jurisdiccionales.

¹⁶⁴ En ese sentido, v. Pisarello (2003, 2007).

¹⁶⁵ Artículo 1: «*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*» (La dignidad de la persona humana es intangible. Todos los poderes públicos están obligados a respetarla y a protegerla).

¹⁶⁶ Artículo 2.2: «*Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden*» (Cada uno tiene derecho a la vida y la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. La limitación de tal derecho no puede ser hecha sino a través de la ley).

¹⁶⁷ Artículo 20.1: «*Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat*» (La República Federal de Alemania es un estado federal, democrático y social). En ese sentido, v. Alexy (1994, p. 414-494).

¹⁶⁸ «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» (Torres Ávila, 2002, p. 163).

Resaltamos que los derechos sociales obligan a las autoridades estatales, ya sean el poder ejecutivo, legislativo o el propio poder judicial, pero también pueden obligar a actores privados, como los empleadores, los prestadores de servicios en el área de la salud o de la educación y los administradores de fondos de jubilaciones y pensiones. Esa vinculación de los particulares a derechos fundamentales puede ser producto de un reconocimiento expresado por el legislador constituyente¹⁶⁹ o, incluso, puede derivar de diferentes principios jurídicos: desde la prohibición de la discriminación y las cláusulas de buena intención hasta el principio de la tutela de la parte contractual más débil o de la función social de la propiedad.¹⁷⁰

Claro está que las obligaciones relativas a los derechos sociales no se proyectan, asimismo, sobre todos los actores privados en cualesquiera circunstancias, porque no todos los particulares encargados de suministrar bienes y servicios se encuentran en una misma situación de poder y supremacía frente a terceros. Así, el grado de vinculación al respeto y a la satisfacción de derechos sociales, para los particulares, está directa y proporcionalmente relacionado con su tamaño, influencias y recursos.¹⁷¹

¹⁶⁹ El artículo 18.1 de la Constitución de Portugal, por ejemplo, establece que «os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas». El artículo 9.º de la Constitución española señala que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

¹⁷⁰ En Estados Unidos, el sistema no admite, tradicionalmente, la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, de forma que la jurisprudencia estadounidense tiende a obstaculizar la posibilidad de tutela de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas intersubjetivas. Se admite una excepción, que vincula expresamente no solo a los poderes públicos, sino también a los actores privados en sus relaciones interpersonales, que se refiere a la Decimotercera Enmienda, que prohibió la esclavitud en Estados Unidos.

¹⁷¹ Ese es, por ejemplo, el criterio de vinculación de los particulares establecido por la *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* (2000), ley sudafricana para la promoción de la igualdad y la prevención de la discriminación injusta, artículo 27.2: «*The Minister must develop regulations in relation to this Act and other Ministers 15 may develop regulations in relation to other Acts which require companies, closed corporations, partnerships, clubs, sports organizations, corporate entities and associations, where appropriate, in a manner proportional to their size, resources and influence, to prepare equality plans or abide by prescribed codes of practice or report to a body or institution on measures to promote equality*».

En síntesis, todos los derechos humanos fundamentales, sean civiles, políticos o sociales, tienen una formulación compleja, en parte positiva y en parte negativa, y todos son, de una forma u otra, gravosos, así como judicializables. No negamos que, tratando casuísticamente un determinado derecho, ciertos elementos puedan tener un efecto simbólico más fuerte que otros, y que los derechos prestacionales, que exigen mayores desembolsos financieros, son más difíciles de garantizar que otros derechos que no demandan mayores costes, sea por cuestiones financieras y presupuestarias, sea por el carácter conflictivo del que se revisten los aportes y transferencias de recursos en un cuadro de contiendas ubicativas. Sin embargo, lo que resaltamos es que ninguno de esos problemas se refiere exclusivamente a los derechos sociales, sino que tales cuestiones están relacionadas con todos los derechos humanos fundamentales en su dimensión prestacional, ya sean derechos civiles, políticos o sociales.¹⁷²

Si lo que está en juego, sin embargo, no son simples concesiones revocables, sino derechos humanos, los poderes de turno deben observar una serie de obligaciones que no pueden ser indefinidamente aplazadas: desde el deber de no-regresividad en materia de derechos sociales hasta la adopción de medidas de protección de los derechos sociales frente a posibles abusos de los actores privados en relaciones de poder, sin perjuicio del deber de garantizar, de forma permanente, el contenido mínimo de los derechos sociales relacionado con aquello que se define, incluso culturalmente, como el mínimo existencial.¹⁷³

Desde esa perspectiva, la imputación de una determinada expectativa de la persona –de vivir de manera digna, de conservar la salud o de decidir de manera autónoma sobre los planes de vida– al

¹⁷² Si, por un lado, nadie sostiene hoy que la libertad de expresión comporta, de hecho y en un ambiente democrático, el acceso gratuito e incondicional de quienquiera, en cualquier situación, a espacios de medios de comunicación, radio y televisión, tampoco podemos sostener, por ejemplo, que el derecho a la vivienda o a la salud comportaría el deber automático e incondicional de los poderes públicos de proporcionar una vivienda o medicamentos gratuitos para todas las personas y en cualquier circunstancia. En ese sentido, v. Pisarello (2007).

¹⁷³ En ese sentido, v. Häberle (2003).

catálogo de los derechos civiles o de los derechos sociales se revela como una cuestión casi semántica. Una categorización rigurosa implicaría admitir la existencia de un *continuum* entre unos y otros derechos, sin que ni las obligaciones que ellos contienen, ni el carácter más o menos indeterminado de su formulación, puedan convertirse en verdaderos elementos de diferenciación categórica. Lo más relevante, así, no sería oponer los derechos civiles y políticos a los derechos sociales, sino destacar la contraposición existente entre derechos generalizables y privilegios excluyentes.

Todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes. Las violaciones de los derechos sociales, en ese contexto, a menudo están relacionadas con violaciones de los derechos civiles y políticos en forma de negaciones reiteradas. Del mismo modo que para el pleno disfrute del derecho a la libertad de expresión es necesario concertar esfuerzos en favor del derecho a la educación, para el disfrute del derecho a la vida es preciso tomar medidas encaminadas a la reducción de la mortalidad infantil, el hambre, las epidemias y la malnutrición.

6 LA EXIGIBILIDAD Y LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

A pesar de la existencia de diversos argumentos que desmienten la tesis según la cual los derechos sociales son derechos estructuralmente diferentes de los derechos civiles y políticos, esa caracterización tiene un fuerte impacto desde el punto de vista dogmático sobre la cuestión de la tutela de los derechos sociales, que tradicionalmente son vistos como derechos no fundamentales y, así, de tutela debilitada, pues no cuentan con mecanismos de protección y garantías análogas a las que tienen los derechos civiles y políticos.

Esa formulación implica, por un lado, que los derechos sociales se presentarían como derechos de libre configuración legislativa, o sea, derechos cuya realización quedaría al arbitrio de los poderes de turno, que decidirían lo que hacer con ellos sin que pudiésemos imponer mayores límites o vínculos a esa discrecionalidad, y, por otro lado, que los derechos sociales no serían derechos jurisdiccionalizables, es decir, no podrían ser invocados ante un tribunal con el objeto de que el órgano jurisdiccional viniese a establecer medidas de reparación ante su violación por parte de los poderes políticos o de actores privados.

Inicialmente, y en un plano axiológico, como ya afirmamos, lo que caracteriza un derecho como fundamental es, sobre todo, su pretensión de tutela de intereses o necesidades básicas ligadas al principio de la igualdad real. Es el carácter generalizable de esos intereses, para todas las personas, lo que en síntesis convierte en inalienable e indisponible un derecho, de forma que derechos fundamentales, derechos humanos y derechos de las personas tienen, desde esa perspectiva, significados análogos.

Desde un punto de vista dogmático, sin embargo, la situación se presenta un poco más compleja. En líneas generales, tenemos que los llamados derechos fundamentales son aquellos a los que se atribuye

una mayor relevancia dentro de un determinado ordenamiento jurídico, relevancia que puede ser medida desde la inclusión del derecho en normas de mayor valor dentro del ámbito del ordenamiento interno, como las constitucionales, o en tratados y convenciones internacionales.¹⁷⁴

Así las cosas, es posible que determinados derechos, que podrían ser considerados fundamentales desde un punto de vista axiológico, también lo sean desde una perspectiva dogmática, pero no siempre se produce esa conexión, de forma que los ordenamientos pueden incorporar, en sí mismos y como fundamentales, intereses y necesidades discriminatorias o excluyentes, siempre criticables desde el punto de vista axiológico.¹⁷⁵

De cualquier forma, contra la tesis según la cual los derechos sociales son derechos de tutela débil, afirmamos que no son, de hecho, las garantías concretas de determinado derecho lo que permiten clasificarlo como fundamental. Al contrario, es precisamente la inclusión de un derecho en el ordenamiento positivo como fundamental lo que obliga a los operadores jurídicos a maximizar los mecanismos necesarios para su garantía y protección. Por tanto, si desde una perspectiva axiológica podemos decir que existe cierta equivalencia entre las expresiones «derechos fundamentales», «derechos humanos» y «derechos de las personas», desde una perspectiva dogmática podemos decir que también hay cierta equivalencia entre las expresiones «derechos fundamentales» y «derechos constitucionales».¹⁷⁶

¹⁷⁴ En ese sentido, v. Peña Freire (1997, p. 1120).

¹⁷⁵ Así, por ejemplo, la Constitución de Estados Unidos consagra como *fundamental* el derecho a la posesión de armas, mientras que el Tratado Constitucional Europeo (2004) establece una clara prioridad de las libertades de mercado sobre los derechos sociales. En ese sentido, v. Abramovich y Courtis (2002, 2006) y Pisarello (2003, 2007).

¹⁷⁶ De esa forma, la eventual ausencia de garantías legislativas o jurisdiccionales para un derecho constitucional, sea civil, político o social, no lleva a la conclusión de no tratarse de un derecho fundamental, sino, al contrario, demuestra la falta de cumplimiento, o el cumplimiento insuficiente, del mandato implícito de actuación contenido en la norma por parte de los operadores políticos y jurídicos. No es el derecho lo que no es fundamental, sino el poder político que incurre en una actuación desvirtuada u omisa, lo que deslegitima esa actuación. En ese sentido, v. Ferrajoli *et al.* (2001, p. 45).

En los ordenamientos actuales, el reconocimiento de un derecho como fundamental, por sí solo, implica la atribución al mismo de un contenido mínimo y, con eso, la imposición de ciertas obligaciones elementales para los poderes públicos, incluso (o principalmente) obligaciones de no discriminación, no regresividad y progresividad. Eso no impide, por cierto, que el alcance de determinados derechos dependa de lo que los propios ordenamientos vengán a estipular. Hay constituciones, como la brasileña de 1988, que desarrollan de manera bastante minuciosa el contenido de los derechos sociales;¹⁷⁷ otras solamente ofrecen regulaciones mínimas de los derechos sociales o relegan esos derechos al ámbito de los derechos meramente implícitos.¹⁷⁸ Algunas constituciones estipulan con detalle las obligaciones que la consagración de un derecho comporta para los poderes públicos y, asimismo, para los actores privados, mientras que otras solo hacen mención de esas obligaciones.¹⁷⁹

Si la inserción en el texto constitucional indica el carácter fundamental de un derecho social, ese no es, sin embargo, un requisito imprescindible dado el principio de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos, pues cualquier constitución que incluya el principio de la igualdad en materia de derechos civiles y políticos básicos estaría planteando, en el fondo, un mandato de generalización que obligaría a la inclusión, al menos de forma indirecta, de los derechos sociales a ellos vinculados.¹⁸⁰ Eso ocurre, actualmente, en diversos ordenamientos que no reconocen explícitamente los derechos sociales o no les otorgan el estatuto de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en esos ordenamientos, el derecho a la vivienda digna ha sido deducido de otros

¹⁷⁷ También en ese sentido, las constituciones de Italia, de 1947, y de Portugal, de 1976. La Constitución de África del Sur, de 1996, incorpora derechos sociales *emergentes*, que van más allá de los tradicionales, como el derecho al agua.

¹⁷⁸ Por ejemplo, la Constitución de Estados Unidos.

¹⁷⁹ La Constitución de Ecuador (1996), por ejemplo, estipula en su artículo 96 que «En el presupuesto se destinará al menos el treinta por ciento de los ingresos corrientes del gobierno central a la educación y erradicación del analfabetismo».

¹⁸⁰ Recordamos aquí la idea de que todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes.

derechos, como el de la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad o a la vida privada y familiar.¹⁸¹

Cuando afirmamos que los derechos sociales son derechos de configuración legislativa, la idea que nos viene a la cabeza es la de que, a pesar de su reconocimiento constitucional, esos derechos solamente se vuelven exigibles desde el momento en que sean planteados por el legislador, en un contexto en el que el mismo, como representante de la voluntad expresada en las urnas, tiene un margen discrecional casi ilimitado para proceder, o no, a ese desarrollo. Esas ideas, sin embargo, no se sostienen.¹⁸²

Todos los derechos, y no solamente los sociales, sino también los políticos, de participación, son derechos de configuración legislativa en el sentido de que, para su eficacia plena, es imprescindible –de una forma o de otra– la intervención legislativa. La ley, tanto por la legitimidad formal de los órganos de los cuales proviene, como por su alcance potencialmente generalizable, es una fuente privilegiada de producción jurídica en los ordenamientos modernos, y constituye una garantía primaria de la satisfacción de cualesquiera derechos.¹⁸³

Todos los derechos, civiles, políticos y sociales, exigen prestaciones legislativas¹⁸⁴ que pueden, por supuesto, tener diferentes alcances. La mayor o menor regulación, por cierto, podrá reforzar o debilitar las posibilidades de exigibilidad judicial de los derechos en cuestión, pero no impide, por sí sola, que esos derechos tengan, al menos, un contenido mínimo, indisponible a los poderes de turno y susceptible,

¹⁸¹ En el caso *López Ostra contra España* (1994), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) consideró que la ausencia de control de los poderes públicos sobre una industria contaminante que afectaba a la salud y la seguridad de las personas que vivían en sus inmediaciones constituía una violación del derecho a la vida privada y familiar. En este caso están implicados derechos al medio ambiente, a la salud y a la vivienda de forma interrelacionada. En ese sentido, v. Pisarello (2007).

¹⁸² En ese sentido, v. Pisarello (2003, 2007).

¹⁸³ En ese sentido, v. Sheinin (apud EIDE, 1995, p. 54 y ss.) y Liebenberg (apud EIDE, 1995, p. 79 y ss.).

¹⁸⁴ Así, por ejemplo, la eficacia del derecho a la salud presupone leyes que eviten las discriminaciones en el acceso a los servicios sanitarios básicos o que intervengan en el mercado para asegurar medicamentos básicos a bajo coste.

por eso mismo, de algún tipo de tutela jurisdiccional, incluso en ausencia de regulación legislativa.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas ha sostenido que los poderes públicos tienen el deber de asegurar, en todo momento e incluso en épocas de crisis o de dificultades fácticas, económicas y políticas, al menos los contenidos esenciales de esos derechos. Asimismo, diferentes ordenamientos consagran el deber de los estados del respeto al contenido mínimo o esencial de los derechos reconocidos en constituciones o convenciones y tratados internacionales,¹⁸⁵ contenido que está condicionado por el contexto en el que se aplica el derecho y que admite una permanente actualización histórica.¹⁸⁶

De cualquier forma, ese mínimo será siempre una barrera que no se puede traspasar, que obliga a una permanente delimitación que demanda cierta integración entre justicia y política, entre jueces y legisladores. Lo que sostenemos es que el reconocimiento constitucional de los derechos sociales determina, bajo cualesquiera circunstancias, e incluso en tiempos de crisis económica, un núcleo indisponible para los poderes de turno, incluso para los órganos jurisdiccionales, razón por la cual ninguno de esos poderes puede dejar de reconocerlos y, por tanto, de

¹⁸⁵ Por ejemplo, el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn (1949), «1) *Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.* 2) *In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*» (Cuando, de acuerdo con la presente Ley Fundamental, un derecho fundamental pueda ser restringido por una ley o en virtud de una ley, esta debe valer de forma general, y no solamente para un caso específico. El derecho fundamental, además, debe estar enunciado en la ley, con indicación del artículo referido. Eso no debe, sin embargo, ni en caso alguno, importar en infracción a la substancia de un derecho fundamental), así como el artículo 18 de la Constitución Portuguesa (1976), «1) Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2) A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3) As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais».

¹⁸⁶ El contenido esencial de esos derechos no supone una concepción abstracta o trascendente: la frontera entre aquello que podemos considerar esencial, o básico, y lo que podemos caracterizar como adicional, o no-esencial, es siempre móvil, histórica y abierta.

asegurarlos a todas las personas, sobre todo a aquellas que se encuentren en una posición más vulnerable.¹⁸⁷

En síntesis, o todos los derechos, civiles, políticos y sociales, son estructuralmente o por razones de conveniencia política derechos de libre configuración legislativa –cuya efectividad está vinculada a la discrecionalidad de los poderes de turno–, o son, como afirmamos, derechos cuyos límites, positivos o negativos, son indisponibles a los poderes de turno, incluso a las mayorías legislativas y a los órganos jurisdiccionales. Asumimos, así, el ideal normativo de la democracia constitucional, o de una democracia en la que la satisfacción, o no, de un derecho al que se vincula la seguridad material y la autonomía de la persona no esté sujeta a la discrecionalidad de ningún poder.

Por fin, refutamos la idea de los derechos sociales como derechos no jurisdiccionalizables, o sea, como derechos que no podrían ser exigidos delante de un tribunal, ni tutelados por él. La cuestión de que un derecho sea jurisdiccionalizable, o no, no es absoluta (sí o no), sino que encierra un concepto gradual. La justiciabilidad de un derecho debe, sobre todo, ser analizada bajo diversos aspectos, preventivos, punitivos o de control, aunque todos ellos tengan por objetivo evitar que la vulneración de un derecho permanezca impune, estableciendo algún mecanismo que, de una forma o de otra, obligue a los órganos legislativos o administrativos a justificar públicamente las razones de su incumplimiento y, por tanto, determinar su legitimidad o ilegitimidad.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Así, según Langford (apud PISARELLO, 2007, p. 86), «No solo 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 situación de mayor vulnerabilidad, que, sobre todo en épocas de crisis, debería gozar de la protección prioritaria de los poderes públicos».

¹⁸⁸ Es, además, un principio básico de garantía de todos los derechos que a todo derecho corresponde una acción (o sea, la posibilidad de accionar el poder judicial) que lo asegura. Así es que, donde haya violación o amenaza de violación de un derecho (cualquier derecho), habrá espacio para la actuación del poder judicial. En la Constitución Brasileña de 1988, el apartado XXXV del artículo 5.º, incluido en el título de los derechos y garantías fundamentales dotados de eficacia inmediata, dispone que «a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito». La Constitución Española señala que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (artículo 9.º) y que «todas las personas tienen

Cuando hablamos de justiciabilidad de los derechos, sin embargo, habitualmente verificamos la existencia de dos argumentos centrales que tienden a refutar la plenitud de la actuación de los órganos jurisdiccionales: por un lado, la falta de legitimación democrática de los órganos jurisdiccionales;¹⁸⁹ por otro, la incompetencia técnica de los jueces para manejar cuestiones económicas.¹⁹⁰

Según el argumento de la falta de legitimación democrática de los órganos jurisdiccionales, admitir la exigibilidad judicial de los derechos sociales introduciría un inadmisibles elemento antidemocrático en los sistemas participativos de representación popular, pues los representantes electos, en ese contexto, verían sus acciones suplantadas, en el ámbito de las políticas públicas, por agentes que no tienen responsabilidad política¹⁹¹ y que, en última instancia, dicen la última palabra sobre esas cuestiones. Además, ese control desvirtuaría la función que las constituciones desempeñan en las complejas sociedades plurales contemporáneas: al intervenir en ciertas políticas públicas, los órganos del poder judicial estarían, en realidad, «constitucionalizando» de manera indirecta un cierto modelo económico concreto de desarrollo, de modo que la constitución dejaría, así, de contener un mandato abierto y pluralista,¹⁹² en el cual caben doctrinas políticas diversas.

Por otro lado, según el argumento de la falta de capacidad técnica de los jueces para manejar cuestiones económicas, sería verdaderamente peligroso dejar que los jueces interviniesen en cuestiones complejas dada la falta de conocimiento sobre cuestiones específicas en materia económica y social. Además, tales intervenciones tenderían a desconocer

derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión» (artículo 24).

¹⁸⁹ Sobre la carencia democrática del poder judicial a propósito de la Corte Suprema de Estados Unidos, v. Bickel (1986).

¹⁹⁰ Cf. Fabre (2000, p. 128 y ss.) y Abramovich y Courtis (2002, p. 122 y ss.).

¹⁹¹ Esa ausencia de responsabilidad política de los jueces nace del hecho de que los jueces no son elegidos directamente por el pueblo (con pequeñas excepciones en algunos países) y, por tanto, no necesitan dar cuentas al electorado, a diferencia de lo que normalmente ocurre con el jefe del poder ejecutivo y con los miembros del poder legislativo.

¹⁹² Sobre la idea de «Constitución abierta», v. Díaz Revorio (1997, p. 3 y ss.).

restricciones de orden presupuestario y a ser irresponsables desde el punto de vista del respectivo impacto financiero, llevando a una especie de «populismo» judicial, contexto en el que la propia participación popular resultaría debilitada, pues llevaría a los ciudadanos a abandonar o, al menos, menoscabar las disputas electorales y las diversas formas de movilización social, privilegiando la interposición de acciones judiciales.¹⁹³ Y, por fin, los tribunales carecerían de herramientas y mecanismos procesales adecuados para que pudiesen hacer efectiva una tutela como la que los derechos sociales normalmente exigen.

Esas críticas no son, en realidad, infundadas. Sin embargo, desde una perspectiva que pretende valorar todas las vías posibles de garantía de los derechos sociales, no podemos considerarlas conclusivas. La falta de legitimidad democrática de los jueces, las más de las veces, no se revela expresiva ni verdadera; antes bien, los tribunales, cuando actúan en la tutela de los derechos sociales controlando acciones u omisiones vulneradoras de derechos de los demás poderes públicos o de actores privados, no solamente actúan de acuerdo con el principio democrático, sino que incluso pueden reforzarlo, asegurando el cumplimiento de las leyes y, sobre todo, de las propias previsiones constitucionales, protegiéndolas de actuaciones desviadas o arbitrarias. Así las cosas, la actuación de los tribunales se demuestra legítima y democrática en múltiples situaciones.¹⁹⁴

¹⁹³ Sobre esa probable «fetichización» del uso de los derechos, v. Brown y Williams (2003).

¹⁹⁴ Por ejemplo, en el caso *Himachal Pradesh State v. Sharma* (1986), el Tribunal Supremo de India ordenó al gobierno la construcción de una carretera sobre la que ya existía una decisión administrativa, corroborando la tesis de que el gobierno (poder ejecutivo) asume compromisos prestacionales por el hecho de no poder actuar contra sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*). En aquella ocasión, el tribunal decidió: «No se discute si el gobierno estatal pretendía construir la carretera, ya que aprobó la partida para hacerlo. El deber legal y constitucional del estado de proporcionar carreteras a los habitantes de la zona no es objeto de discusión. Por lo tanto, esta demanda no necesita examinar hasta dónde llega su obligación de construir carreteras». En 1997, el Tribunal Supremo de Finlandia confirmó la decisión de otro tribunal que condenó a cierto gobierno municipal a indemnizar a una persona desempleada por mucho tiempo por no haberle conseguido una colocación en seis meses, a lo que se había comprometido. En Brasil, dos sentencias demuestran claramente la interferencia del poder judicial en la formulación o ejecución de políticas públicas: en esas ocasiones, el Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región, por un lado, instó al gobierno a que realizase el desdoblamiento de una carretera en el estado de Santa Catarina, en el Sur del país, ante la responsabilidad del estado en muertes y

De hecho, no podemos olvidar aquí el fenómeno que suele llamarse de «irrupción de juridificación» (*Verrechtlichungsschub*). Tal como lo tratamos, dicho fenómeno consiste en la expansión, diversificación y sofisticación de los mecanismos jurídicos por los cuales el poder público, sobre todo el poder judicial, pasó a interferir en las relaciones sociales, histórica y originariamente concebidas como del dominio del mercado o de la costumbre. Es necesario prestar atención al hecho de que ese fenómeno, aunque se haya intensificado en el curso de la expansión del *Welfare State* europeo y pueda ser visto como su subproducto necesario, está presente en toda experiencia jurídica contemporánea.

La extensión del control jurisdiccional, realidad incontestable, lejos de pautarse por la falta de legitimación democrática, viene, por el contrario, a hacer efectivo el paradigma democrático, superando la llamada «dificultad contra-mayoritaria».¹⁹⁵ Así pues, al menos coyunturalmente, la tutela de los derechos fundamentales y de los principios relacionados con el propio estado social y democrático de derecho en una verdadera democracia representativa no puede quedar restringida solamente a órganos legislativos, naturalmente sensibles a las presiones mayoritarias –de la mayoría– y escasamente sensibles a las demandas que no determinan, en sí, posibles beneficios electorales inmediatos, o incluso a aquellas demandas que escapan a la pauta de las prioridades políticas establecidas por cierta «lógica de partido».¹⁹⁶

En ese contexto, es exactamente el supuesto elemento apuntado como «antidemocrático» (la falta de responsabilidad política de los jueces y la independencia que de ello emana) lo que convierte al poder judicial en el instrumento «idóneo» (si bien no el único, ni necesariamente el principal) para ejercer cierto control sobre los demás

mutilaciones, consecuencia de frecuentes accidentes de circulación en esta carretera, mantenida por la Unión Federal; por otro lado, determinó que el estado pasase a exigir en el etiquetado de todas las bebidas alcohólicas la expresión «el alcohol puede causar dependencia y su exceso es perjudicial para la salud» basándose en el Código de Defensa del Consumidor. Sobre esas decisiones, v. Pisarello (2007, p. 91) y Nogueira Broliani (2005, p. 130).

¹⁹⁵ Sobre la llamada «dificultad contra-mayoritaria» (*countermajoritarian difficulty*), v. Bickel (1986).

¹⁹⁶ En ese sentido, v. Pisarello (2003, 2007).

poderes, más políticamente sensibles en materia de derechos civiles, políticos y sociales, especialmente en lo que se refiere al respeto de los intereses políticamente poco visibles y audibles de las «minorías» —a veces, verdaderas mayorías— marginadas por los canales representativos tradicionales.¹⁹⁷ Es el caso, por ejemplo, de los presos y de los inmigrantes, que no pocas veces encuentran en el ámbito de los tribunales la protección que los órganos políticos y administrativos les niegan.¹⁹⁸

El control jurisdiccional sobre las políticas económicas y sociales no se revela, por tanto, como una expresión restrictiva a la democracia; al contrario, lo hace como una verdadera condición para su mantenimiento en el tiempo y para la adecuación de la acción de los poderes políticos a los principios del propio estado social. El control de la constitucionalidad se presenta, sobre todo, como un paradójico instrumento de desbloqueo de las instancias representativas de toma de decisiones, garantizando el correcto funcionamiento de los procedimientos democráticos y evitando el sometimiento de las obligaciones políticas en términos de derechos civiles, políticos y sociales a la tecnocracia o al partidismo.¹⁹⁹

¹⁹⁷ El proceso de definición de políticas públicas para una sociedad refleja los conflictos de intereses, los arreglos hechos en las esferas de poder, que pasan por las instituciones del estado y de la sociedad. Sin embargo, si los fines del propio estado pueden ser descritos como la materialización de la dignidad humana y la promoción de derechos humanos fundamentales, incluso los derechos sociales, está claro que el poder judicial puede intervenir sobre esas políticas incluso contra la opción del poder ejecutivo o legislativo, pues hay, en el propio texto constitucional, bienes jurídicos mínimos que deben ser ofertados con prioridad, de forma que mientras esos bienes no son ofertados, otras políticas no prioritarias deberían aguardar hasta la concretización primera de los objetivos fundamentales. Además, para la administración pública, se pueden eliminar las opciones comprobadamente ineficientes para el atingimiento de los fines constitucionales. En ese sentido, v. Barcellos (2005).

¹⁹⁸ «Refiriéndose a estos supuestos en Estados Unidos, el juez Brennan, miembro del Tribunal Supremo estadounidense, constataba que ‘las cortes han emergido como una fuerza crítica detrás de los esfuerzos para mejorar las condiciones inhumanas’. 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 coste económico es significativo» (Uprimny, 2001, p. 164-165).

¹⁹⁹ Resaltamos, sin embargo, que una justificación de ese tipo para la intervención jurídica sobre las políticas económicas y sociales no puede ser vista como una justificación *tout court* para las intervenciones judiciales. Aquí solamente tratamos de ofrecer cobertura a aquellas intervenciones dirigidas a la ejecución normativa de los derechos que están en la base de los procedimientos democráticos, incluso los derechos sociales básicos, refutando otras que con frecuencia tienden a restringir el alcance de esos derechos.

Se derriba, así, el viejo mito de la inmunidad de los poderes discrecionales en el campo de las políticas públicas, que otorga prestigio al político en detrimento del jurídico y encastilla la resistencia al control judicial: tanto por la relectura contemporánea de la separación de poderes, hoy mucho más una separación constitucional de funciones, cuanto por la emergencia del concepto material y valioso de democracia, no se sostiene una independencia que dé al poder ejecutivo una inmunidad absoluta, ni se puede hablar suficientemente del control democrático formal, por las urnas, para legitimar sus decisiones. La plenitud de la normatividad constitucional exige una multiplicación de controles, externos e internos, sobre la actividad de los poderes estatales, no como una sustitución del político y del administrador por el juez, sino a partir del reconocimiento de que a este compete velar por el derecho.²⁰⁰

Por otro lado, la introducción de controles jurisdiccionales sobre las mayorías legislativas coyunturales, con vistas a la tutela de los derechos sociales en favor de las minorías en situaciones de vulnerabilidad o de verdaderas mayorías marginadas, no debilitaría el carácter «abierto» de las constituciones ni el pluralismo político, ni tampoco el propio principio democrático. Al contrario, esos controles solamente asentarían su mayor posibilidad real de concretización, de forma adecuada al principio del estado social.²⁰¹

En cuanto a la supuesta falta de capacidad técnica de los jueces para manejar cuestiones económicas, tampoco es, de hecho, una razón apta para el alejamiento de la justicia de los derechos sociales.²⁰²

²⁰⁰ En ese sentido, v. García de Enterría (1983).

²⁰¹ Según Gomes Canotilho (1995, p. 9 y ss.), la «apertura» constitucional no equivale a la neutralidad, y si queremos prolongarla en el tiempo tenemos que ser capaces de preservar las bases materiales que sostienen los procesos de democratización: 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 al mercado no puede ser «neutra» en términos económicos, del mismo modo que una constitución que prohíbe la tortura y garantiza el debido proceso legal no es «neutra» en materia de política criminal. Así, según Uprimny (2001, p. 190 y ss.), las mayorías legislativas no pueden, por ejemplo, invocar el principio democrático para justificar una estrategia de actuación contra el crimen basada en la tortura sistemática y en el desconocimiento masivo de los derechos de los ciudadanos, del mismo modo que no pueden hacerlo para justificar la eliminación del derecho a la huelga o la regresión deliberada en materia de derechos sociales.

²⁰² En ese sentido, v. Abramovich y Courtis (2002, 2006) y Pisarello (2003, 2007).

Los tribunales se ven, habitualmente, llamados a resolver enfrentamientos sobre cuestiones económicas. Así, las soluciones jurisdiccionales en materia de derecho del trabajo, derecho tributario, derecho de las sucesiones, derecho económico y derecho empresarial, por ejemplo, contienen muchas cuestiones que rodean a la gestión de bienes, la estipulación de daños y perjuicios, cálculos de intereses y de ganancias cesantes y otras cuestiones de incontestable complejidad, que, en su mayoría, demandan cierto conocimiento técnico y que no por eso son inmunes a la intervención jurisdiccional. En la resolución de ciertas cuestiones complejas, además, el juez puede valerse de peritos, aunque no esté vinculado a sus conclusiones.

Asimismo, resaltamos que eventuales impactos de las decisiones jurisdiccionales en materia de derechos sociales en cuestiones financieras y presupuestarias no pueden ser usados como obstáculo absoluto a la justiciabilidad de los derechos sociales. Por un lado, como ya tratamos de exponer, muchas de las actuaciones jurisdiccionales relacionadas con la tutela de los derechos sociales no tienen, por sí solas, mayores repercusiones financieras o presupuestarias. Pueden consistir, así, en medidas cautelares contra desahucios o mandamientos dirigidos al legislador o a la administración pública en el sentido de completar el hito regulador de algún derecho social.²⁰³ Por otro lado, si es inevitable que

²⁰³ En Brasil, el «Mandado de Injunção» («injunzir» se traduce al español como obligar, forzar), previsto en el artículo 5.º, apartado LXXI, de la Constitución de 1988, es uno de los remedios-garantías constitucionales, siendo una acción constitucional de rito sumario usada en un caso concreto, individual o colectivo, con la finalidad de que el poder judicial, a través del Supremo Tribunal Federal (STF), informe al poder legislativo sobre la omisión de la reglamentación que torne inviable el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales y de las prerrogativas inherentes a nacionalidad, soberanía y ciudadanía. La premisa para la acción, por tanto, es no haber reglamentación sobre el derecho constitucionalmente garantizado, cabiendo exclusivamente contra el poder público, pues tiene que haber omisión del poder legislativo a legislar sobre ese derecho. Hasta 2007, el STF, la mayoría de las veces, se limitaba a declarar la omisión legislativa y nada más. Sin embargo, ahora el STF da señales de que no le satisface ser un mero espectador y que está dispuesto a aplicar el derecho adoptando una posición concreta. Un marco en la evolución jurisprudencial del STF es dado por el Ministro Marco Aurélio de Mello, en el MI n.º 721: «Es tiempo de reflejarse sobre la timidez inicial del Supremo en cuanto al alcance del mandado de injunção, al exceso de celo, teniendo en vista la separación y la armonía entre los poderes. Es tiempo de percibirse la frustración generada por la postura inicial, transformando el mandado de injunção en acción simplemente declaratoria del acto omisivo, resultando en algo que no interesa, en sí, en el tocante a la prestación jurisdiccional, tal como consta en el apartado

muchas de las decisiones judiciales relativas a derechos sociales tengan repercusiones financieras y presupuestarias, lo cierto es que eso también acontece con relación a la tutela de otros derechos, civiles y políticos, incluso en la de los tradicionales derechos patrimoniales, que a veces incluye compensaciones monetarias y desembolsos no previstos en el presupuesto.²⁰⁴

En realidad, el impacto financiero y presupuestario de las actuaciones del poder judicial en la tutela de los derechos civiles, políticos y sociales es inevitable si aceptamos las condiciones que, al menos en el plano formal, caracterizan una democracia constitucional. La existencia de ciertos intereses básicos, indisponibles para los poderes de turno, implica la existencia de un límite infranqueable para la libre configuración de los costes públicos. Además, la limitación de la libre configuración de

LXXI del artículo 5.º de la Constitución Federal, al ciudadano. Se impetra mandado de injunção no para ganarse un atestado de omisión de lo poder delegado de reglamentar el derecho a libertades constitucionales, a prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía. Buscase el Judiciario en la creencia de ganarse la supremacía de la Ley Fundamental, la prestación jurisdiccional que aleje las nefastas consecuencias de la inercia del legislador. Llamo, por eso, el Supremo, en la composición actual, a rever la óptica inicialmente formalizada, entendiendo qué, mismo así, se pondrá a menor que la actuación de los Tribunales del Trabajo, en lo que, en las acciones colectivas, a ellos la Carta reserva, hasta mismo, la actuación legislativa, desde que consonante prevé el párrafo 2.º del artículo 114 de la Constitución Federal, sean respetadas las disposiciones mínimas legales de protección al trabajo» (trad.). El 25 de octubre de 2007, el cambio de posición del Supremo Tribunal Federal se concretó. Aquel día, el STF decidió tres mandados de injunção de una sola vez (MI n.º 670, 708 y 712). El asunto central de todos ellos era uno solo: el derecho a la huelga de los servidores públicos imposibilitado por la falta de reglamentación por parte del Congreso Nacional, ya que la Constitución Brasileña, en su artículo 37, apartado VII, condicionó el ejercicio del derecho a la huelga del servidor público estatutario a la edición de ley específica. El Tribunal aceptó el pedido de mandado de injunção para reconocer el retraso del Congreso Nacional en reglamentar el artículo 37, apartado VII, de la Constitución. Pero, además, determinó que, hasta que el Congreso Nacional editase la reglamentación, se aplicase para la reglamentación del derecho a la huelga de los servidores la Ley n.º 7.783, de 1989, aplicable a los empleados de empresas privadas. Al formular de forma suplementaria la reglamentación, el poder judicial ejerció una función normativa y no legislativa; por eso, según el STF, la alegación de lesión a la separación de poderes sería insubstancial.

²⁰⁴ Según Langford (2005, p. 91), «En Estados Unidos, por ejemplo, la protección de ciertos derechos patrimoniales ligados a *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».

los costes públicos es un corolario del respeto al contenido mínimo o esencial de los derechos.²⁰⁵

Nos parece claro, sin embargo, que el hecho de que la libre configuración de los costes públicos no sea absoluta no quiere decir que las intervenciones judiciales nunca deban tener en cuenta las consecuencias no solamente presupuestarias y financieras, sino también políticas y sociales, de sus acciones. Sin embargo, una cierta sensibilidad sobre las consecuencias de su propia actuación no puede ser confundida con el ideario pragmático según el cual toda intervención del poder judicial con repercusiones económicas pone en peligro, desde luego, el equilibrio presupuestario, o constituye una intervención ilegítima en un campo reservado a la política. En la práctica, además, los tribunales han dirigido sus acciones, en ese contexto, hacia la busca de una posible mediación entre la garantía de los derechos civiles, políticos y sociales básicos, el principio de división de los poderes y el equilibrio presupuestario.²⁰⁶

El argumento de la falta de recursos y de la reserva del posible no puede ser considerado como un argumento absoluto y definitivo para alejar al control judicial. Al contrario, en muchas ocasiones los tribunales han demostrado que la actuación pública requerida no era tan compleja o gravosa como sostenían los órganos políticos, se han apoyado en números y datos alternativos que demuestran la falacia de ciertas imposibilidades, o han incluido en esos números y datos, por ejemplo, costes deliberadamente excluidos, como los que la postergación de una determinada política puede suponer para el porvenir.²⁰⁷

²⁰⁵ Cf. Arango (2002, p. 118 y ss.).

²⁰⁶ Cf. Langford (2005, p. 106).

²⁰⁷ En ese sentido, Langford (2005, p. 94) cita el caso *Auton*, de 2000. En ese caso, el gobierno de la Columbia Británica, en Canadá, se valió del argumento de la reserva del posible para no financiar un programa de tratamiento de niños autistas. El tribunal supremo provincial rechazó el argumento, considerando la vulneración del derecho básico de no ser discriminado de las personas afectadas por el autismo. Para justificar su decisión, el tribunal se sirvió de dos criterios que tenían en cuenta el presupuesto público. Por un lado, sostuvo que los costes demandados por el programa para la asistencia de menores en edad de desarrollo educacional y social serían considerablemente inferiores de los necesarios para su tratamiento a largo plazo si el referido programa no fuese implantado. Por otro, opuso a la argumentación del gobierno provincial el hecho de que otras regiones del territorio canadiense habían implantado programas semejantes,

De hecho, la idea de la reserva del posible viene acompañada de tres falacias llevadas a efecto por el pensamiento liberal-conservador con vistas a negar la posibilidad de exigir los derechos sociales fundamentales.²⁰⁸

La primera de esas falacias, ya ampliamente comentadas en esta obra, se apoya en el argumento de que los derechos sociales serían derechos de segundo orden, segunda generación o dimensión, quizá incluso de «segunda mano». A ella se contrapone el hecho de que los derechos sociales no se justifican simplemente para compensar las desigualdades sociales, sino que se corresponden a núcleos integradores y legitimadores del bien común, pues será a través de ellos como se podrá garantizar la seguridad, la libertad, la sustentación y la continuidad de la sociedad humana.²⁰⁹

La segunda falacia se relaciona con el argumento de que la exigibilidad de los derechos sociales fundamentales está condicionada al vigor económico estatal. Sin embargo, lo cierto es que la existencia de recursos públicos disponibles para posibilitar esos derechos está asociada a las elecciones políticas que definirán la destinación de los recursos por medio de políticas públicas. De esa manera, el argumento de la necesidad de una economía fuerte no es verdadero, pues bastaría algo de voluntad política para destinar los recursos necesarios de acuerdo con el tamaño de la economía y con las prioridades reales de la sociedad.

La tercera falacia está más relacionada con el argumento de la reserva del posible.²¹⁰ No se puede, sin embargo, vincular la realización de los derechos sociales a la existencia de recursos ignorando que los costes son inherentes a la materialización de todos los derechos, incluidos los civiles y los políticos, de modo que el establecimiento de una relación de continuidad entre la escasez de recursos y la afirmación de derechos acabe resultando en una amenaza a la existencia de todos los derechos. Además, la reserva del posible no es una especie normativa, una vez

debilitando el argumento de que el valor científico del programa no justificaba un gasto semejante.

²⁰⁸ En ese sentido, v. Barreto (2003, p. 118 y ss.).

²⁰⁹ Cf. Barreto (2003, p. 119).

²¹⁰ Sobre la reserva del posible como límite a la eficacia de los derechos sociales, v. Bigolin (2006).

que no determina un estado de cosas a ser alcanzado, y tampoco es un mandado de optimización. En verdad, ni siquiera puede ser identificada como un principio. Lo que se pondera no es la reserva del posible, sino la escasez de recursos que supondría.²¹¹

Sin embargo, existe una diferencia substancial entre la inexistencia de recursos y la elección de prioridades en la distribución de los recursos existentes. Si es, en cuanto al cumplimiento de la función presupuestaria del estado, que las teorías de los costes de los derechos y su corolario de la reserva del posible se presentan de la forma más evidente, hay que refutar ese argumento desde la perspectiva de que no hay recursos inexistentes, sino que la realización de los derechos sociales fundamentales es refutada en virtud de cuestiones económicas como el pago de intereses y tasas a instituciones internacionales o elecciones realizadas desde intereses de las elites.²¹² Existe, pues, la necesidad de diferenciar lo que no es posible porque no existen medios suficientes, incluso con la observancia de normas constitucionales que determinan la asignación de recursos a áreas sensibles, como la educación y la salud, y lo que no es posible porque los medios disponibles fueron asignados a otras prioridades.²¹³

²¹¹ Según Maselli Gouvêa (2003, p. 20), es en los países más pobres en los que la cuestión de la imputación de recursos se traduce efectivamente en una elección dramática, donde deliberar sobre la realización de un determinado gasto contemplando cierto proyecto importa reducir o suprimir los recursos necesarios para otra actividad.

²¹² Cf. Krell (2002, p. 99).

²¹³ Así pues, no hay falta de recursos, pero hay decisiones respecto a dónde aplicar los recursos disponibles cuando miles de millones de dólares son donados, en forma de paquetes de ayuda, a bancos y a empresas como consecuencia de la crisis de las economías mundiales. En Brasil, a través del PROER (Programa de Estímulo a la Reestructuración y al Fortalecimiento del Sistema Financiero Nacional), en el período de 1995 a aproximadamente 2000, fueron destinados más de R\$ 30 mil millones a bancos brasileños, aproximadamente el 2,5% del PIB (Producto Interno Bruto) brasileño. A precios de 2005, equivaldría a aproximadamente R\$ 44,23 mil millones. En principio, fue una medida saludable para la protección de instituciones debilitadas financieramente. Sin embargo, visto bajo otra óptica, con el período inflacionista, innumerables instituciones bancarias y financieras realizaban desvíos monetarios que eran normalmente «encubiertos» por la inflación, o sea, la desvalorización de la moneda se producía de una forma tan rápida que cualquier valor era casi inmediatamente absorbido, impidiendo auditorías que descubriesen fácilmente tales acontecimientos. Con la estabilidad monetaria tras el año 2000, innúmeros balances se vieron descubiertos, y las instituciones se debilitaron financieramente. Se puede decir, desde ese punto de vista, que el PROER fue un premio a la corrupción. En tales contextos, no se puede hablar de falta de recursos para, por ejemplo, luchar contra el hambre en

En la medida, por tanto, en que todos los derechos dependen, en mayor o menor grado, de recursos financieros para ser materializados, la cuestión de la asignación de los mismos, o sea, determinar qué bienes jurídicos serán prioritariamente promovidos, se muestra relevante y plausible de ser argüida ante los tribunales. Así, se impone distinguir un argumento relacionado con la inexistencia de recursos necesarios para la materialización de un deber constitucional de la asignación de recursos efectuada contrariamente a las disposiciones constitucionales.

Por otro lado, en muchas ocasiones las decisiones en cuestión no son tomadas únicamente por los tribunales, sino que han sido adoptadas desde un diálogo no necesariamente condescendiente con los demás poderes públicos que ha instado ellos a la reparación de acciones y omisiones inconstitucionales relacionadas con los derechos sociales.²¹⁴ Así, en algunos países, como en Brasil y en Portugal, los tribunales han pronunciado sentencias por las cuales afirman que una determinada política tiene elementos inconstitucionales, pero, para evitar consecuencias económicas o sociales indeseadas, no la han anulado de inmediato, emplazando al legislador o a la administración pública para su adecuación al dictado constitucional en un tiempo razonable.²¹⁵

A veces, la tradicional actuación de los tribunales frente a graves vulneraciones de los derechos ha dado lugar a sentencias no

Brasil, pero sí de opciones que beneficiaron abiertamente al sistema financiero y a los inversores. En ese sentido, resaltamos la relevancia del desarrollo de instrumentos concretos que permitan la participación ciudadana en la elaboración del presupuesto. Es necesaria, pues, la activación de las distintas formas de participación popular para hacer transparente el proceso presupuestario; es decir, para impedir que ese proceso se opaque y quede sujeto únicamente a la dinámica endógena del sistema político. Ese hito es imprescindible para instalar una discusión clara acerca de cuáles son las decisiones que se toman en materia presupuestaria para hacer efectivos aquellos derechos establecidos en la constitución, en los pactos de derechos humanos y en la ley. Se trata de un momento fundamental para hacer visible y discutir qué prioridades asume el estado y qué medios económicos va a destinar para asegurar la satisfacción de esos derechos. El movimiento por una fiscalización ciudadana del proceso presupuestario puede articular, además, la agenda de las organizaciones de derechos humanos con otras agendas, centradas en la demanda por una mayor transparencia de las decisiones políticas, por el acceso a la información pública y por el control de la corrupción.

²¹⁴ Sobre la experiencia europea, v. Actúe (1998) y Pisarello (2003, 2007).

²¹⁵ En Brasil y en Portugal, esas declaraciones o reenvíos permitieron el surgimiento del control sobre situaciones de inconstitucionalidad originadas por omisiones legislativas. En ese sentido, v. Fernández Rodríguez (1998) y Villaverde Menéndez (1997).

meramente declaratorias de inconstitucionalidad, sino a verdaderas *structural injunctions*,²¹⁶ decisiones que determinan las medidas concretas a ser adoptadas por los poderes públicos, fijando un cronograma de implementación y determinando otras medidas que aseguren la efectividad de las propias decisiones.²¹⁷ En esos casos, la gravedad y la complejidad de la situación justifican, incluso, un amplio diálogo entre los tribunales, los poderes públicos y los propios sujetos afectados que se prolongue también a la fase de ejecución de la sentencia.²¹⁸

Uno de los mecanismos que se vienen utilizando en los tribunales para realizar ese tipo de control es el empleo del principio de proporcionalidad, que les permite indagar si cierta política pública es acorde con fines constitucionalmente legítimos, si es adecuada o no para el alcanzar esos fines y si se vale de medios posibles, razonables y menos gravosos para los derechos a los que afecta. Ese control de proporcionalidad está, en realidad, estrechamente asociado al control de razonabilidad (la razonabilidad ponderativa),²¹⁹ mediante el cual algunos

²¹⁶ En Brasil, como ya señalamos, el Supremo Tribunal Federal, juzgando las *injunctions* n.º 670, 708 y 712, en las cuales se discutía la legitimidad del ejercicio del derecho a la huelga por los servidores públicos, asumió un protagonismo legislativo para concretar el derecho previsto constitucionalmente. La Constitución Brasileña de 1988 reconoció el derecho a la huelga para los servidores públicos; sin embargo, estableció que tal derecho sería ejercido en los límites definidos por una ley específica que el legislador acabó por no promulgar. En ese contexto, el tribunal, además de declarar la omisión legislativa en cuanto al deber constitucional de editar la ley que reglamentase el ejercicio del derecho a la huelga en el sector público, comunicando al poder legislativo su demora legislativa, tomó la iniciativa de tornar aplicable al sector público la ley de huelga vigente en el sector privado.

²¹⁷ Según Fiss (2003), las *structural injunctions* tienen una gran tradición en Estados Unidos, donde fueron utilizadas, por ejemplo, para introducir reformas penitenciarias y políticas de erradicación de discriminación racial en las escuelas.

²¹⁸ La Corte Constitucional Colombiana, por ejemplo, desarrolló 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» (Sentencia T-153, 1988).

²¹⁹ Según Sampaio Ferraz Junior (2007, p. 40 y ss.), la razonabilidad de un acto, de una sentencia o de una ley debe ser vista desde tres aspectos: la razonabilidad significa una adecuada subsunción, adecuada *esencialmente* cuando se da en virtud de la norma jurídica; adecuada *existencialmente* cuando se da en virtud de un *estándar* de comportamiento jurídico; adecuada *verdaderamente* cuando se da en virtud de un criterio de justicia acogido por el ordenamiento. La valoración de la razonabilidad en términos ponderativos se da por la comparación, en una norma u opción dadas, del hecho antecedente y de la prestación de la consecuencia. Ya la valoración de la razonabilidad electiva exige la comparación de, por lo menos, dos normas u opciones y del modo como, en

tribunales, como el sudafricano, llegaron a incluir un «deber de prioridad de los más vulnerables»; es decir el deber de que la política pública analizada ofrezca respuestas a corto, medio y largo plazo, si no para toda la sociedad, al menos para un sector considerable de los grupos más vulnerables, con necesidades más urgentes.²²⁰

En ese contexto, la resolución procedimentalizada de conflictos redistributivos es de fácil planteamiento en una justificación substancialmente democrática de la función jurisdiccional, que le pretende atribuir no la última palabra en cuestiones pertinentes a los derechos sociales y sus garantías, sino la función de preservar la calidad deliberativa del propio proceso legislativo y de su ejecución. A partir de ahí, una de las principales obligaciones de los órganos políticos, sujetos al control judicial de su actuación, sería proporcionar informaciones adecuadas sobre las cuestiones relevantes de cada caso, escuchar a los sujetos afectados por una determinada política pública, centrando su atención, sobre todo, en los grupos más vulnerables, y ofrecer a la opinión pública, claramente, las razones de sus acciones u omisiones respecto al asunto.

En síntesis, los poderes públicos no pueden, de hecho, ser llevados a hacer lo imposible. Sin embargo, lo que es posible –o imposible– en la esfera económica, social y cultural debe ser probado, y no solamente presumido. Así, como ya resaltamos, los órganos políticos deben demostrar siempre que están empleando el máximo de sus esfuerzos y el máximo de sus recursos para satisfacer los derechos en cuestión, que están divulgando información suficiente y clara, y que escuchan a los destinatarios de los derechos en cuestión, que se están esforzando para controlar y monitorizar el efectivo cumplimiento de las políticas y programas ya existentes, allende planear para el porvenir; y que, en el núcleo de las políticas y programas que están siendo planeados

ellas, a ciertos hechos son atribuidas determinadas consecuencias y a otros no. Para apreciar la razonabilidad ponderativa, es necesario entender cómo actúa en ella una valoración técnico-social o política que da soporte a la valoración jurídica.

²²⁰ Cf. Sunstein (2001, p. 221 y ss.).

o ejecutados, está la solución, a corto, medio o largo plazo, para los problemas que afectan a la sociedad; principalmente, a los grupos más necesitados.

Los tribunales, en consecuencia, pueden y deben controlar la razonabilidad de las respuestas de los poderes públicos a las demandas sociales, respetando el principio de la división de poderes y prestando atención a las consecuencias de sus decisiones, pero siempre sin alejarse de su deber de dar efectividad a los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución.²²¹ En ese contexto, las diversas prácticas de activismo judicial, aunque moderadamente ejercidas por los tribunales, se convierten en una necesidad institucional cuando los demás órganos de los poderes públicos se inhiben o retrasan su actuación.²²²

Cuando tratamos de la cuestión de la efectividad y de la eficacia de las políticas concernientes a los derechos sociales, debemos tener en cuenta que, para poder hablar con cierta propiedad de cualesquiera derechos, sobre todo de los sociales, es necesario identificar los mecanismos que garantizan esos derechos; de lo contrario, la efectividad de los mismos quedará condicionada a la buena voluntad de los poderes de turno o de los actores privados que tienen a su cargo determinadas obligaciones.

²²¹ En ese sentido, v. Pisarello (2003, 2007).

²²² Esa comprensión constitucionalmente adecuada del activismo judicial en el estado democrático de derecho procede, lógicamente, de las siguientes conclusiones: a) los derechos sociales dependen, para su efectividad, de la articulación entre derecho y política, una vez que es por medio de la implementación de políticas públicas emancipadoras –tarea de la administración pública democrática– que es posible transformar las premisas de idealidad consubstanciadas en las constituciones y en los tratados sobre derechos humanos en realidad; b) la formulación y la implementación de las políticas públicas debe basarse en procedimientos que garanticen la formación discursiva de la voluntad y opiniones públicas; c) los actos normativos definidores de políticas públicas y de su implementación práctica deben observar los parámetros trazados por los compromisos asumidos por los estados en los tratados de derechos humanos o, por lo menos, por el derecho constitucional, razón por la cual son susceptibles de control por el poder judicial; d) los derechos sociales fundamentales no se constituyen en normas programáticas dedicadas al porvenir, sino en normas eficaces, susceptibles, por tanto, de ser argüidas ante el poder judicial; e) las constituciones contemporáneas establecen una serie de mecanismos para la garantía de la efectividad de los derechos sociales en el caso de omisión de los poderes públicos, siendo que compete al poder judicial, desde una argumentación de principio, garantizar los derechos sociales en el caso concreto.

Así, junto a la idea de que es necesario reconstruir la percepción de los derechos sociales y sus garantías desde una perspectiva garantista y democrática, participativa, basada en el reconocimiento de que mejores garantías y más democracia son los elementos centrales en la tarea de esa reconstrucción, pasaremos a analizar las diferentes garantías, institucionales y extrainstitucionales, de los derechos sociales.

Utilizamos el término «garantías» para referirnos a los mecanismos y técnicas de tutela de los derechos destinados a asegurar su efectividad.²²³ Esas garantías, de acuerdo con aquellos que se afirman en la condición de agentes empeñados en la protección de los derechos, pueden ser clasificadas en institucionales, ya sean políticas o jurisdiccionales, y extrainstitucionales (o, más bien, sociales).

Las garantías institucionales de los derechos sociales se refieren a la actuación de los poderes públicos: garantías políticas y garantías jurisdiccionales. Comprenden garantías primarias, que tienen por objeto la especificación del contenido de los derechos sociales, estableciendo las obligaciones y responsabilidades pertinentes a los mismos, y garantías secundarias, que se destinan a operar en el caso de vulneración de los derechos sociales por una falta de cumplimiento de esas obligaciones y responsabilidades por los sujetos a ellas obligados. De forma general, las garantías primarias son políticas y las secundarias, jurisdiccionales; sin embargo, algunas garantías políticas también pueden actuar como garantías secundarias.²²⁴

Las garantías políticas de los derechos sociales están relacionadas con los mecanismos tutelares articulados por los poderes con responsabilidad política. En la democracia, tienen el deber de dar cuentas al electorado el poder ejecutivo y el legislativo. Esas garantías son de vital importancia para los derechos sociales, al menos, en dos sentidos: por un lado, es necesario que los poderes políticos definan el contenido y alcance de los derechos sociales y determinen los medios necesarios para

²²³ En ese sentido, v. Ferrajoli (1999, p. 37-72) y Pisarello (2003, p. 23-53).

²²⁴ Cf. Abramovich y Courtis (2006, p. 56).

que sean efectivos; por otro lado, el acceso de amplios sectores sociales que no pueden pagar por los servicios ofrecidos por las empresas privadas a derechos esenciales ligados al mínimo existencial, como la salud, la educación o la vivienda depende, en gran medida, de la actividad estatal en los ámbitos de los poderes ejecutivo y legislativo.

El reconocimiento constitucional de los derechos sociales se constituye, en ese contexto, como la garantía política por excelencia de tales derechos.²²⁵ La propia rigidez constitucional, o sea, la previsión de mecanismos que impongan un límite efectivo a la posibilidad de reforma ordinaria de la constitución, incluidas sus previsiones en materia de derechos, tornando esos derechos en cierto grado indisponibles a los poderes de turno, puede ser considerada como un significativo instrumento de prohibición a retrocesos arbitrarios y, en última instancia, de amplio amparo al mantenimiento de los propios procedimientos democráticos.²²⁶

La prohibición de regresividad, reconocida sobre todo por la Organización de las Naciones Unidas en el ámbito del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), obliga a los poderes públicos para que no adopten medidas y políticas y, en consecuencia, no sancionen normas, que vengán a desmejorar, sin una justificación razonable, la situación de los derechos sociales en el país. Ese mismo principio de irreversibilidad de las conquistas sociales fue articulado constitucionalmente desde la aprobación, en Alemania, de la Ley Fundamental de Bonn (1949),²²⁷ como corolario de la fuerza normativa de la constitución y del contenido mínimo o esencial de los derechos en ella reconocidos, y se extendió a diversos ordenamientos.

²²⁵ Cf. Pisarello (2007, p. 115 y ss.).

²²⁶ Sin embargo, como demuestra Cabo Martín (2003, p. 9 y ss.), si las cláusulas constitucionales con protección calificada son las que consagran derechos patrimoniales y principios de mercado, la rigidez constitucional corre el riesgo de convertirse en un obstáculo a las transformaciones políticas y económicas que la generalización de los derechos sociales exige.

²²⁷ Sobre el caso alemán, v. Franco (apud COURTIS, 2006, p. 361 y ss.).

Junto a esas garantías constitucionales procedimentales existen otras, substanciales, que consisten, sobre todo, en la adjudicación de un contenido concreto a los derechos consagrados en el ámbito constitucional, en la estipulación de los poderes constituidos encargados de su observación, y en la indicación de las obligaciones y deberes a los que se vinculan.

Así, la constitución es la instancia en la que se dibuja el tipo de poder estatal al cual se vincula la protección de los derechos. Desde su carácter más o menos democrático, por tanto, las constituciones organizan los poderes estatales bajo formas más o menos fundadas en los principios de difusión, pluralidad, representatividad y publicidad del poder político:²²⁸ el principio representativo y la plural composición de los cuerpos legislativos constituyen, también, garantías de naturaleza política. En ese contexto, una de las principales garantías políticas de los derechos sociales consiste en la atribución constitucional de su tutela a diferentes órganos, legislativos, ejecutivos y judiciales, que pueden limitar y controlarse los unos a los otros.²²⁹

²²⁸ En ese sentido, la propia revocabilidad del poder político es una garantía prevista en diferentes ordenamientos. Bajo un enfoque revolucionario, la declaración de derechos contenida en el preámbulo de la Constitución Democrática Jacobina (1793) consagraba el derecho-deber de insurrección en el caso de que los derechos de las personas fuesen violados por el gobierno: «*Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs*» (artículo 35). Por otro lado, la Constitución Venezolana de 1999 establece que «el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y las entidades políticas que la componen son y serán siempre democráticos, participativos, electivos, descentralizados, alternativos, responsables, pluralistas y de mandatos revocables» (artículo 6.º), y, más aún, que «todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables» (artículo 72).

²²⁹ La división de poderes típica de la democracia, y la existencia de un sistema de mutuo y competidor control, o de «pesos y añadiduras», constituye una garantía de carácter instrumental que proporciona la observación mutua del cumplimiento de las obligaciones de cada uno de los poderes. Un ejemplo de ese sistema de garantía, que puede ser relevante en materia de derechos sociales, consiste, en la Constitución Brasileña de 1988, en los mecanismos de pedido de informaciones del Congreso con relación a los ministros y otros agentes del poder ejecutivo (artículo 50), de instauración de expedientes parlamentarios (artículo 58, párrafo 3) y de fiscalización parlamentaria sobre las diversas entidades de la administración pública, contable, financiera y presupuestaria. Extraordinariamente, tales mecanismos llegan a la deliberación sobre la permanencia, o no, del ejecutivo de turno: en el sistema constitucional brasileño se da al Senado la prerrogativa de procesar y juzgar al jefe del poder ejecutivo en los crímenes de responsabilidad, así como por aquellos actos que atenten contra el ejercicio de los derechos sociales (artículos 52, apartado I, y 85, apartado III).

En otro nivel, las garantías políticas se refieren a la efectiva configuración concreta de los derechos sociales, o sea, a la definición de su contenido, a la indicación de sus destinatarios, a las formas de su ejercicio, a las obligaciones que de ellos emanan, a los sujetos encargados de dar cumplimiento a esas obligaciones y a los recursos destinados para hacerlos efectivos.

De forma concreta, las garantías legales de los derechos sociales, resultado del proceso legislativo (o sea, del reconocimiento de los derechos sociales en instancias pluralistas y representativas), son, también, garantías políticas primarias por excelencia, vinculadas no solamente al principio de la reserva legal, sino también a los principios de la generalidad y de la universalidad de la ley.²³⁰

De hecho, el contenido mínimo o esencial de los derechos reconocidos por las constituciones comporta, para los órganos institucionales, una serie de obligaciones que no pueden desconocer. La garantía legal de los derechos supone el deber, más que la posibilidad, de que sea el Parlamento, en condiciones adecuadas de publicidad y de confrontación plural de distintos puntos de vista y fuerzas políticas, el que venga a establecer el régimen general dentro del cual podrá ser ejercido el poder de legislar, bastante vinculado, de los diversos órganos y agentes de la administración pública directa e indirecta –el poder ejecutivo– en materia de derechos sociales y políticas públicas.²³¹

Esa garantía formal, procedimental, se complementa con la percepción de que el desarrollo legislativo de los derechos no puede ser dirigido de forma arbitraria hacia determinados sujetos (generalidad), ni que pueden ser excluidos de su titularidad determinados grupos (universalidad) de forma injustificada. Esto es imprescindible para evitar la multiplicación de políticas y programas arbitrariamente enfocados, discrecionales y expuestos a prácticas clientelistas, cuando no a la corrupción y a la vulneración de la propia legalidad, prácticas

²³⁰ Cf. Cabo Martín (2002, p. 73 y ss.).

²³¹ En ese sentido, v. Peña Freire (1997, p. 195 y ss.).

que ponen las políticas al servicio de los poderes de turno y que, en la configuración de los derechos sociales constitucionalmente reconocidos, no cumplen los requisitos mínimos de racionalidad y legitimidad para su reglamentación. En esa dirección, podemos destacar la expansión, pautada en la generalidad y en la universalidad, del contenido de derechos como la educación y la salud, así como la inclusión en la agenda política de otros nuevos, como el de acceso incondicional a programas de asistencia social y de renta básica a todos aquellos que lo necesiten.

Debemos resaltar, sin embargo, que las garantías legislativas generales y universales de los derechos sociales no excluyen la posibilidad de adopción de garantías legislativas diferenciadas, vinculadas a necesidades específicas de determinados grupos y personas,²³² o, además, que establezcan cargas diferentes para los particulares de forma proporcional a su tamaño, sus recursos y su influencia.²³³ En un contexto de reconstrucción democrática de las garantías legales, podríamos, así, exigir la previsión de reglas de interpretación o de protección en favor de aquellas personas que ocupan posiciones de sujeción o dependencia, o, en última instancia, de vulnerabilidad, frente a aquellos que detentan cualquier tipo de poder, público o privado.²³⁴

²³² Según Pérez Portilla (2005, p. 137), una de las justificaciones que permiten esas medidas que fijan derechos diferenciados, basados en criterios como el sexo o el género, el origen étnico o la deficiencia física o mental es que, con ella, «se intenta razonablemente compensar a estos grupos por daños y perjuicios contra ellos, persiguiendo, de ese modo, la igualdad sustancial o material».

²³³ Según Seabra de Godoi (2005, p. 156-157), del estado fiscal adviene la «imprescindibilidad» del tributo, y desde esa imprescindibilidad se determina el deber fundamental de pagar impuestos: «como deber fundamental, el impuesto no puede ser asumido ni como un mero poder para el estado, ni como un mero sacrificio para los ciudadanos, constituyendo antes la contribución indispensable a una vida organizada en estado fiscal» (trad.). En ese contexto, el deber de contribuir a la financiación de las actividades estatales a través del pago de tributos es una institución central del estado contemporáneo, visto como una «proyección del principio de la solidaridad social sobre el área de las cargas públicas» (trad.), que, a su vez, está limitado en su incidencia sobre los ciudadanos por el principio de la capacidad contributiva (Greco, 2005, p. 168-189). Además del aspecto tributario, esos deberes impuestos a los particulares pueden referirse también, por ejemplo, a la prohibición de acumulación de ciertos recursos de uso común, a la introducción de obligaciones y restricciones laborales, comerciales y ecológicas, y a sanciones por el uso antisocial de la propiedad.

²³⁴ Así, según Pisarello (2007, p. 118-119), «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; las leyes laborales que resguardan los derechos de los trabajadores frente al poder de los empleadores; las leyes civiles que protegen los derechos de los inquilinos frente

Esas garantías legislativas diferenciadas, que parten de una desigualdad fáctica, pueden asumir por otro lado la forma de medidas de acciones afirmativas, tales como becas, subsidios o cuotas que permitan a ciertos grupos subrepresentados, o cuyos derechos fueron históricamente aplazados, tener acceso a ciertos recursos económicos, sociales y culturales, incluidos el empleo y la representación política.²³⁵

Por último, como ya señalamos, en el ámbito de esas garantías políticas, hay límites a la configuración legislativa de los derechos sociales, desarrollados desde estudios del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, órgano encargado de monitorizar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, la jerarquización de los tratados internacionales en el nivel constitucional o, al menos, en niveles legales substancialmente privilegiados, impone a los parlamentos un límite que supone el respeto a lo que habitualmente se denomina como el «contenido esencial» o el «contenido mínimo esencial» de los derechos constitucionales.²³⁶ Eso implica que, por estar constitucionalizados, los derechos sociales tienen un núcleo irreductible que el legislador

al poder de los propietarios de vivienda, de los promotores urbanísticos o de las inmobiliarias; las que tutelan los derechos de los consumidores y usuarios frente a los proveedores privados o públicos de servicios educativos, sanitarios, de transporte o de agua potable; las que protegen los derechos de la mujeres en aquellos contextos laborales, familiares o políticos que las sitúen en relaciones desiguales de poder con los hombres». En el contexto brasileño, podemos citar la reciente edición de la ley «Maria da Penha» (Ley n.º 11.340/2006), que crea mecanismos para cohibir la violencia doméstica y familiar contra la mujer.

²³⁵ En ese sentido, por ejemplo, las experiencias brasileñas de la Ley n.º 8.112/90, que prevé, en su artículo 6.º, párrafo 2.º, la reserva de una cuota de plazas en los concursos públicos para cargos de la administración pública federal para personas con alguna deficiencia; de la Ley n.º 8.213/1991, que prevé, en su artículo 93, que «la empresa con cien o más empleados está obligada a cubrir del 2 al 5% de sus puestos con beneficiarios rehabilitados o personas con alguna deficiencia»; y de la Ley n.º 10.836/2004, que creó el programa «Bolsa Familia», destinado a transferencias de renta para unidades familiares que se encuentren en situación de pobreza o extrema pobreza.

²³⁶ En Argentina, por ejemplo, desde 1994 esos tratados fueron llevados a la jerarquía constitucional; en España, esa especial jerarquía adviene del deber de interpretar los derechos fundamentales a la luz de los tratados sobre derechos humanos debidamente ratificados. Para una lectura sobre el «contenido esencial» o el «contenido mínimo esencial» de los derechos constitucionales, v. Gavara de Cara (1994) y Martínez-Pujalte (1997).

no debe ignorar,²³⁷ de lo que aviene una garantía de razonabilidad a su reglamentación.

Aun en el ámbito de las garantías políticas, una técnica de garantía política secundaria es el denominado «poder de policía», conferido a la administración pública.²³⁸ A través del ejercicio de ese poder, los agentes públicos controlan y sancionan las prácticas que pueden violar reglas y estándares legales. Esa garantía es especialmente relevante en materia de derechos sociales, pues en muchos casos la efectividad del derecho depende del cumplimiento de ciertas obligaciones por actores privados. Así ocurre, por ejemplo, en cuestiones relacionadas con el derecho a la educación y a la salud, cuando las respectivas prestaciones están a cargo de prestadores privados, a la seguridad y a la higiene del trabajo, que no prescinde de prestaciones de los empleadores, y al medio ambiente, cuando su vulneración, efectiva o potencial, procede de la actividad de una industria privada.

Podemos mencionar, además, el surgimiento, principalmente desde las constituciones del siglo XX, de nuevos órganos de control externo, como los tribunales de cuentas, los servicios de protección a los consumidores, las procuradurías de la ciudadanía y los consejos populares. Esos órganos han sido habitualmente dotados de típicas funciones de control político, que se expresan a través de la emisión de informes y recomendaciones frente a denuncias de violaciones de derechos de los ciudadanos y de reglas de la administración financiera, patrimonial y presupuestaria del estado. Por otro lado, algunos de esos órganos pueden incluso recibir denuncias y, eventualmente, fiscalizar el

²³⁷ Así, por ejemplo, la Constitución Argentina afirma, en su artículo 28, que «los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio».

²³⁸ Según el artículo 78 del Código Tributario Brasileño (Ley n.º 5.172/1966), «se considera poder de policía aquella actividad de la administración pública que, limitando o disciplinando un derecho, interés o libertad, regula la práctica de acto o abstención de hecho, en razón del interés público concerniente a la seguridad, a la higiene, al orden, a las costumbres, a la disciplina de la producción y del mercado, al ejercicio de actividades económicas dependientes de concesión o autorización del poder público, a la tranquilidad pública o al respeto a la propiedad y a los derechos individuales o colectivos» (trad.).

empleo de recursos públicos y proponer acciones judiciales frente a esas violaciones cuando no sea posible su solución por otra vía.

Las garantías jurisdiccionales son típicamente secundarias, destinadas a permitir que un poder más o menos independiente de los sujetos públicos o privados obligados por los derechos sociales reciba y considere denuncias sobre la falta de cumplimiento de esas obligaciones y, dado el caso, obligue a su cumplimiento y/o establezca reparaciones o sanciones. Esa función es normalmente atribuida al poder judicial, aunque puedan existir otras garantías jurisdiccionales, como los tribunales administrativos y tribunales de arbitraje, e incluso otros agentes y órganos que empleen métodos no judiciales de resolución de disputas, dado que se caracterizan por su imparcialidad e independencia con relación a las partes en conflicto.

Desde una perspectiva democrática, el papel de la instancia jurisdiccional ordinaria suele asociarse a asegurar el servicio y cumplimiento no solamente de los derechos y deberes contemplados en la constitución y en los tratados internacionales, sino también de las leyes elaboradas por los órganos políticos. Medidas cautelares, acciones declaratorias y constitutivas de derechos y deberes, mandatos de cumplimiento de obligaciones –incluso de reparación por daños y perjuicios–, son algunas de las herramientas por las cuales los tribunales ordinarios pueden tutelar los derechos sociales, tanto frente a particulares como frente a la propia administración pública, en contiendas que contemplan, por ejemplo, derechos laborales, de la seguridad social, de la vivienda, educacionales y sanitarios. Por otro lado, la instancia judicial extraordinaria, configurada por tribunales superiores o constitucionales, actúa en el establecimiento de mecanismos de control y reparación en aquellos casos en los que las garantías judiciales ordinarias fueron violadas o insuficientes, o en los casos en los que la vulneración de los derechos puede ser atribuida al propio legislador.

El papel de las garantías judiciales especiales o constitucionales ha sido objeto de varias críticas, tanto por la falta de legitimidad

democrática directa de los tribunales constitucionales frente al poder legislativo como por la supuesta falta de aptitud técnica de los jueces para manejar cuestiones económicas, como ya señalamos anteriormente. A esas críticas añadimos el hecho de que, históricamente, los tribunales constitucionales han sido más conservadores en el momento de tutelar los derechos sociales que a la hora de hacerlo con los derechos civiles, especialmente con los derechos patrimoniales y las libertades de mercado.²³⁹

A pesar de que esas críticas no son, en realidad, infundadas, ninguna de ellas es, de hecho y como ya demostramos, absolutamente

²³⁹ No se puede negar una cierta tendencia conservadora de los tribunales superiores en algunos países. Es bien conocida, por ejemplo, la tendencia conservadora de la Corte Suprema estadounidense. En el caso *Allen c. Wright*, de 1984, padres de alumnos de una escuela con mayoría de alumnos negros emprendieron una acción judicial para que se determinase que el IRS (agencia estadounidense del impuesto de la renta) negase la exención tributaria a las escuelas que practicasen la discriminación racial. Los padres ganaron la acción en primera instancia y el tribunal de apelación confirmó la sentencia. La cuestión sutil que se planteaba era la posibilidad de litigar en las cortes federales sin que se alegase violación de un derecho personal. La Corte Suprema estadounidense alteró la decisión del tribunal. En la decisión redactada por Sandra O'Connor se decidió que no se puede litigar en las cortes federales si no se comprueba la violación de un derecho personal. Según la decisión, la Corte Suprema no se presta para apreciar violaciones genéricas de derechos generalizados. En el caso *Poe c. Ullman*, de 1961, también apreció un tema referente a la capacidad de justicia federal en Estados Unidos. El estado de Connecticut mantenía en 1961 una ley que prohibía la venta de anticonceptivos. Aunque la ley no fuese respetada, dado que los anticonceptivos se vendían en aquel estado, un grupo de mujeres emprendió una acción judicial en la justicia federal estadounidense cuestionando la inconstitucionalidad de la regla. El grupo argumentaba que la ley prohibía que las mujeres fuesen adecuadamente informadas u orientadas con relación al control de natalidad. En la época aún no se discutía el aborto en la justicia estadounidense. La Corte Suprema analizó la cuestión y la mayoría de los jueces afirmó que la materia aún no estaba *ripe*, o sea, que la discusión no se encontraba madura y suficientemente concretada para su juicio. Se decidió que no había un número suficiente de casos cuestionando la citada ley y que, por tanto, la materia no justificaba la intervención de la Corte Suprema. Por fin, en el caso *Goldwater c. Carter*, de 1979, también apareció un tema de judicialización de la política. El presidente Jimmy Carter, sin escuchar al Congreso, firmó un tratado con Taiwán. Algunos asambleístas entendieron que el presidente estadounidense no tenía capacidad para tal cosa; entre ellos, Goldwater, autor de la acción, que se ganó en primera y segunda instancias. El presidente Carter, a través de un *writ of certiorari* llevó la cuestión a la Corte Suprema. Una vez más, se colocaba ante la Corte Suprema estadounidense un problema recurrente relativo a la capacidad para apreciación y juicio de cuestiones políticas, y la Constitución no se manifestaba concretamente sobre el asunto. Se decidió que la Corte Suprema no apreciaría la cuestión porque se trataba de un problema político que enfrentaba al ejecutivo y al legislativo, y que debía ser resuelta entre esos poderes: se devolvió la cuestión al tribunal de apelación, con la determinación de que no fuese juzgada. Como telón de fondo, se debe observar la política de Carter, en el sentido de aproximarse a China, y lo que los tratados con Taiwán representarían en ese contexto. Recuérdese también que Carter era demócrata y que, en aquel momento, se estaba produciendo en la composición de la Corte Suprema estadounidense una transición de la mayoría hacia el lado republicano (cf. Schwartz, 1995, p. 430). En ese sentido, v., también, Pisarello (2007, p. 121).

insuperable. Además, sin perjuicio de su función preponderantemente conservadora, los tribunales han demostrado, sobre todo cuando están en juego derechos sociales expresamente reconocidos en la constitución o en tratados internacionales, ser instancias idóneas posibles para la protección de los intereses políticamente poco visibles y audibles de las «minorías», grupos y personas más vulnerables y subrepresentados en los espacios habituales. En muchos momentos, así, los tribunales tienen efectivamente limitado las actuaciones legislativas pautadas en «lógicas de partido» o en la tecnocracia, obligando a los poderes de turno a justificar frente a la opinión pública, y con toda la carga deslegitimadora que eso puede llevar, cuáles son sus prioridades reales en la asignación de los recursos públicos y por qué incurren en acciones u omisiones que, *prima facie*, se demuestran vulneradoras de derechos fundamentales.²⁴⁰

Una técnica de la que se han valido los tribunales nacionales en varios países de América del Sur y de Europa, así como tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a ciertas dificultades para la tutela directa de los derechos sociales, consiste en una «tutela indirecta» de esos derechos mediante la invocación de otros derechos simultáneamente violados, respecto a los cuales no existen dudas sobre su justiciabilidad.²⁴¹ Por ejemplo, la violación de los derechos sociales también puede afectar el principio de la igualdad y la prohibición de discriminación,²⁴² los derechos relativos al debido proceso legal,²⁴³ derechos civiles²⁴⁴ o incluso otros derechos sociales.²⁴⁵

²⁴⁰ En ese sentido, v. Pisarello (2003, 2007).

²⁴¹ En ese sentido, v. Abramovich y Courtis (2002, p. 168-248).

²⁴² Eso acontece, por ejemplo, cuando un sector o grupo social, como el de las mujeres, los hijos de inmigrantes o las personas con alguna deficiencia física o mental, es discriminado en el acceso a un derecho social, como la salud, la educación o el trabajo.

²⁴³ Por ejemplo, cuando le son negados derechos sociales a una persona a través de la denegación de garantías, como el derecho de defensa o el derecho de recurrir a los órganos jurisdiccionales.

²⁴⁴ Por ejemplo, la denegación del derecho a la salud puede implicar, también, denegación del propio derecho a la vida; la denegación de derechos sindicales puede atentar contra el derecho de asociación, y la vulneración del derecho a la educación puede afectar al derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad.

²⁴⁵ Por ejemplo, violaciones de derechos insertos o relacionados con cuestiones como la educación, vivienda y salud pueden constituir, concomitantemente, violaciones a los derechos del

Esas actuaciones son perfectamente justificables desde una perspectiva democrática, que exige la implicación de los tribunales en la protección de los derechos civiles, políticos y sociales, imprescindibles para reforzar las bases materiales de la autonomía y, así, para reforzar la capacidad de la persona, para participar en los asuntos públicos.

A la par de todo eso, y sin perjuicio del significativo papel que un poder estatal difuso, disciplinado en términos garantistas y controlado desde un punto de vista democrático en el que las garantías institucionales se vuelven más efectivas, podría desempeñar en la tutela de los derechos sociales, una lección aprendida a lo largo de los últimos siglos es la de que, efectivamente, ninguna estrategia de protección de los derechos puede, en términos realistas, derivar exclusivamente de los poderes estatales, ejecutivo, legislativo y judicial, que, de forma «virtuosa», tratarían de materializarlos por sus propios medios.²⁴⁶

No existen derechos sin deberes, así como tampoco pueden existir sujetos obligados sin sujetos capaces de obligar.²⁴⁷ De ese modo, aunque el papel de las garantías institucionales (políticas y jurisdiccionales) se demuestre esencial para dotar de eficacia a los derechos civiles, políticos y sociales, cualquier programa constitucional de garantías, por exhaustivo que sea, se demuestra incompleto y, por tanto, incapaz de dotar de efectividad y eficacia, por sí solo, los medios destinados a la realización de la ciudadanía integral sin la existencia concomitante de múltiples espacios de presión popular capaces de asegurarlos no solamente a través de los poderes estatales, sino más allá del propio estado, o, en caso extremo, en momentos realmente revolucionarios de grave vulneración de los derechos civiles, políticos o sociales, incluso contra él.

consumidor.

²⁴⁶ Ferrajoli (1990, p. 940-941), por ejemplo, advierte contra las *falacias garantistas*, para las cuales bastan las razones de un derecho bueno, dotado de avanzados sistemas de garantías constitucionales, para contener el poder y por los derechos fundamentales a salvo de sus desvíos, y las falacias politicistas, que, al contrario, confían en la fuerza de un *poder bueno* la satisfacción de las funciones de tutela de los derechos.

²⁴⁷ Según Pisarello (2007, p. 122), «No hay derechos sin deberes, como tampoco hay sujetos obligados sin sujetos capaces de obligar».

Las garantías extrainstitucionales, o sociales, son, en fin, aquellos instrumentos y medios de tutela o defensa de los derechos que, sin perjuicio de las intervenciones estatales, dependen de las actuaciones de sus propios titulares. La activación de esos instrumentos de garantía presupone, por tanto, la iniciativa de los ciudadanos, no estando de cualquier forma realmente subordinada a la actuación de los poderes públicos. Demanda, en realidad, la participación activa de los actores sociales y su compromiso con las decisiones que les incumben, y se fundamenta en la percepción de que la efectiva interacción de una norma o de un programa con sus destinatarios, y la actuación de cada uno de ellos en la defensa de sus intereses y derechos y en la defensa de los intereses y derechos de todos, es la mejor garantía que puede ser atribuida a los derechos sociales. Frente a la actitud de las políticas públicas conservadoras haciendo efectivas solamente concesiones selectivas, discrecionales y revocables de los poderes de turno, cuando no medidas estigmatizadoras y de control de los pobres, la amplia participación social se demuestra como una herramienta esencial no solamente para evitar la apropiación paternalista de los derechos y de las necesidades que les dan fundamento, sino para evitar, también, que las políticas se conviertan en actos de desvío de poder o de corrupción de los poderes institucionalmente constituidos.²⁴⁸

En el ámbito de las garantías sociales, extrainstitucionales, podemos distinguir las garantías indirectas, dirigidas a la participación en los procesos de construcción de las garantías institucionales de los derechos sociales, y, así, relacionadas con la demanda de la satisfacción de

²⁴⁸ Según Abramovich y Courtis (2006, p. 71), «Las garantías extrainstitucionales o sociales son instrumentos de defensa o tutela de los derechos que dependen directamente de sus titulares. La activación de estos instrumentos de garantía supone, por ende, la propia iniciativa de los ciudadanos, y no está subordinada a la actuación de los poderes públicos. La participación activa de los ciudadanos en la defensa de sus derechos constituye un medio indispensable para impedir la apropiación paternalista de los derechos y de las necesidades que les dan fundamento, y su conversión en meros insumos de la gestión burocrática estatal. Significa, además, la existencia de formas de control ciudadano de las decisiones, de la ejecución de políticas públicas y de la existencia de actos de corrupción y desviación de poder por parte de las autoridades públicas».

necesidades e intereses, de las garantías directas, que asumen formas más intensas, de verdadera autotutela.

Una de las principales garantías sociales indirectas de los derechos exige el respeto a la posibilidad de elegir –o, en algunos casos, hasta destituir– a los agentes y órganos encargados de tutelarlos. Aquí, se incluyen, por ejemplo, los derechos del ciudadano, de votar, de afiliarse a un partido político, de petición a las autoridades públicas, y los derechos de asociación y de reunión y el derecho a la libertad de expresión, sin censura previa, que constituyen efectivas garantías *sensu stricto*.

Si tenemos presente la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos civiles, políticos y sociales, fácilmente podemos concluir que la materialización de algunos derechos civiles y políticos, al menos, constituye un prerequisite para el real ejercicio de esas garantías, pero que esa efectividad demanda, también, la satisfacción de algunas necesidades básicas, económicas, sociales y culturales, identificadas con el mínimo existencial, que solamente es posible mediante la satisfacción de ciertos derechos sociales. En síntesis, la satisfacción de los derechos sociales es indispensable para el ejercicio real de los derechos civiles y políticos, pero dicho ejercicio se demuestra también indispensable para el control del cumplimiento de las obligaciones que emanan de los derechos sociales. Sin ese respeto, el estado acabaría por apropiarse de la discusión sobre las necesidades insatisfechas de ciertos grupos sociales y eliminaría las posibilidades de críticas y cambios por parte de la ciudadanía.²⁴⁹

Las distintas formas de participación de la ciudadanía en la toma de decisiones, así las cosas, configuran verdaderas garantías sociales. Además del sufragio, el derecho de iniciativa legislativa popular, los mecanismos de deliberación a través de audiencias públicas, las distintas formas de consulta a la ciudadanía –entre las cuales se incluyen el

²⁴⁹ En ese sentido, Sen (1982, 2000), estudiando algunos casos, llega a la conclusión de que «los países en los que se produjeron hambrunas fatales durante los siglos XIX y XX se caracterizaban por la inexistencia de libertad de prensa, de una esfera pública independiente de la estatal, y de canales de participación y crítica política».

plebiscito y el referéndum—, y los mecanismos populares de impugnación de actos de los poderes públicos son ejemplos de esas formas.

En todos esos casos, lo que se busca establecer es un canal real para que los destinatarios de los derechos puedan, de hecho, ejercer un papel activo en la discusión y en la toma de decisiones sobre asuntos que les interesan y que pueden afectar a aquellos derechos. En el caso brasileño, los ejemplos más radicales de esas experiencias son el presupuesto participativo y los consejos municipales, mecanismos por los cuales los ciudadanos pueden participar activamente del control sobre el presupuesto público, decidiendo el destino de parte de los costes públicos y supervisando la ejecución de las políticas con ellos relacionadas.²⁵⁰

Como ya señalamos, es necesario desarrollar instrumentos concretos que permitan la participación ciudadana en la elaboración del presupuesto. Es necesaria, pues, la activación de las distintas formas de participación popular para hacer transparente el proceso presupuestario; es decir, para impedir que ese proceso se opaque y quede sujeto únicamente a la dinámica endógena del sistema político. Ese hito resulta imprescindible para instalar una discusión clara acerca de cuáles son las decisiones que se toman en materia presupuestaria para hacer efectivos los derechos establecidos en la constitución, en los pactos de derechos humanos y en la ley. Se trata de un momento fundamental para discutir qué prioridades asume el estado y qué medios económicos va a destinar para asegurar la satisfacción de esos derechos. El movimiento por una fiscalización ciudadana del proceso presupuestario puede articular, además, la agenda de las organizaciones de derechos humanos con otras agendas, centradas en la demanda de una mayor transparencia de las decisiones políticas, por el acceso a la información pública y por el control de la corrupción.

²⁵⁰ En ese sentido, Ganuza Fernández y Álvarez Sotomayor (2003) destacan, por ejemplo, las experiencias del presupuesto participativo de Porto Alegre, en Brasil, y también de Kerala, en India. Para una visión más completa sobre las experiencias del presupuesto participativo en Brasil, v. Genro y Souza (1998) y Villasante y Garrido (2002).

Otra de las garantías fundamentales para la defensa de los derechos sociales por sus titulares es el derecho al acceso a la información. El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos enuncia el derecho de todos los hombres a la libertad de, sin interferencias, tener opiniones y buscar, recibir y transmitir informaciones e ideas por cualesquiera medios e independientemente de las fronteras.²⁵¹ Así pues, la información sobre los actos del gobierno, de hecho, constituye un bien indispensable para el control y la crítica sobre la actividad estatal, para la existencia de un debate público sobre las políticas, para el control de la corrupción y para la responsabilidad política de los poderes de turno. Uno de los principios básicos de la democracia exige respeto a la publicidad de los actos del gobierno, que debe contemplar, incluso, la práctica de facilitar –en todos los aspectos– el acceso de los ciudadanos a las informaciones sobre la gestión pública; sobre todo, por parte de la propia administración. Asimismo, el acceso a la información debe alcanzar la actuación de algunos agentes privados, como los empleadores, las empresas que prestan servicios públicos o las empresas que ejercen actividades generadoras de riesgo colectivo, como industrias con alto potencial dañino para el medioambiente, y otros que puedan afectar a los derechos sociales o los bienes públicos.

²⁵¹ En ese sentido, Martín-Barbero (1987) señala la importancia de la literatura popular en España y Francia en el siglo XVII: con el acceso del pueblo a la lengua escrita se creaban los medios para que se cuestionase la diferencia y la distancia entre el noble y el vulgar (plebeyo). Destaca, como ejemplo, la literatura producida por Lope de Vega, que, por un lado, divulgaba la «imagen» del vulgar entre los nobles y, por otro, permitía a las clases populares, a través de historias y poemas burlescos y satíricos que muchas veces incluían la blasfemia, una mejor comprensión de su propio *cuotidiano* y una visión crítica de la nobleza, del clero y del mundo. Mandrou (1964) muestra que la lectura popular se difundió entonces; en las aldeas, los campesinos se reunían después del trabajo en torno al fuego para oír a alguno leer en voz alta. La iconografía y la literatura envolvían, entonces, una visión crítica de la nobleza y, sobre todo, de la iglesia católica con representaciones alegóricas que envolvían el mundo a las aviesas, la conversión de la figura del Papa en burro, los obispos y cardenales en raposas y los santos en figuras de la mitología y representaciones de la vida cotidiana. En ese sentido, Martín-Barbero (1987, p. 148) recuerda un fragmento del libro *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de La Mancha*, de Cervantes: «[...] cuando es tiempo de la siega, se recogen aquí, las fiestas, muchos segadores, y siempre hay alguno que sabe leer, el cual coge uno de estos libros en las manos, y rodeámonos de él más de treinta, y estámosle escuchando con tanto gusto que nos quita mil canas». En el siglo XVIII, las críticas a la iglesia católica en las imágenes y en la literatura fueron sustituidas por la construcción del escenario burgués, que traduce un ideal de vida y no la salvación del alma (MARTÍN-BARBERO, 1987, p. 155 y ss.).

En materia de derechos sociales, el acceso a la información debe ofrecer a las personas la posibilidad no solo de que se informen, sino también de que evalúen las políticas públicas desde indicadores relativos al contenido de esas políticas y a sus resultados, potenciales y efectivos. Por tanto, el estado debe empeñarse en producir y poner a disposición de todos información real sobre la situación de sus diferentes áreas de actuación en el plano de los derechos sociales, principalmente cuando ese conocimiento requiere mediciones expresas utilizando ciertos indicadores, y sobre el contenido real de las políticas públicas en desarrollo o proyectadas, con informes expresos sobre sus fundamentos, objetivos, plazos de realización y recursos implicados. El acceso a la información es significativamente necesario, además, para el control de actividades, obras y medidas que puedan tener un impacto irreversible sobre los derechos sociales.²⁵²

El libre y real ejercicio del derecho de asociación, del derecho a la información y, sobre todo, del derecho a ser escuchado por los poderes públicos constituye la expresión de aquello que identificamos como las garantías sociales de los derechos, imprescindibles para el mantenimiento de la democracia real y para asegurar la eficacia de los propios derechos, comenzando por los sociales.²⁵³

En ese contexto, destacamos que serían ejemplos de garantías de participación en el desarrollo del proceso administrativo y legislativo las iniciativas populares de reforma legislativa y las audiencias públicas previas a la toma de decisiones por parte del legislativo o de la administración pública, así como las diferentes formas posibles de consulta, información

²⁵² Así, por ejemplo, las legislaciones pertinentes al medioambiente normalmente exigen una evaluación de impacto ambiental previa a la realización de actividades y obras potencialmente lesivas en términos ambientales. En el mismo sentido, las leyes de defensa del consumidor suelen exigir de aquellos que producen, importan, distribuyen o comercialicen bienes materiales, o presten servicios, que suministren a los consumidores informaciones reales y suficientes sobre las características esenciales de tales bienes o servicios.

²⁵³ En ese sentido, señalamos que, como destaca Mora Cabello de Alba (2008), la participación institucional del sindicato (y, por tanto, también el ejercicio del derecho de sindicación) tiene una significación especial como garantía metainstitucional de los derechos sociales. Más adelante trataremos de la participación sindical en los foros de diálogo social y en las instituciones públicas como un medio cualificado de construcción de las garantías de los derechos.

e impugnación popular de las propuestas de políticas por parte de los agentes y órganos públicos, incluso las experiencias ya referidas de la elaboración, al menos en parte, de los presupuestos públicos con la participación popular.

Si, en el ámbito de las actuaciones del ejecutivo y del legislativo la exigencia de información adecuada, disponible a la ciudadanía, y el respeto al debido proceso, así como el ejercicio de derechos como el de libertad de expresión y de libre asociación, se demuestran esenciales a la tutela extensiva de los derechos, su importancia no es menor en los espacios jurisdiccionales, que pueden, como ya afirmamos, ser utilizados como canales de crítica y contienda con relación a acciones públicas y privadas tendentes a la vulneración de derechos civiles,²⁵⁴ políticos y, sobre todo, sociales; especialmente, cuando las instancias políticas se encuentran bloqueadas o no ofrecen una respuesta adecuada a la demanda de las minorías en situación de mayor vulnerabilidad.

El derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye desde la asistencia jurídica integral y gratuita hasta el derecho a la información y distribución equitativa de la carga probatoria en el proceso, constituye el elemento central para la reclamación de otros derechos, civiles, políticos y sociales. En ese contexto, los mecanismos procesales clásicos, concebidos para la resolución de contiendas individuales, se van adaptando y transformando paulatinamente para mejor albergar pretensiones colectivas y difusas, incluso reconociendo la legitimidad de grupos y asociaciones para la propuesta de acciones colectivas.²⁵⁵

²⁵⁴ En ese sentido, v. Sarat y Scheingold (1998).

²⁵⁵ Así, por ejemplo, en el ordenamiento brasileño, la Ley n.º 8.078/1990, que dispone sobre la protección del consumidor, establece que la defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente, o a título colectivo (artículo 81), dejando claro, en el párrafo único del mismo artículo, que la defensa colectiva será ejercida cuando se trate de: «intereses o derechos difusos, así entendidos [...] los transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y relacionadas por circunstancias de hecho», «intereses o derechos colectivos, así entendidos [...] los transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas relacionadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base», e «intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los consecuentes de origen común» (trad.). Por otro lado, para la defensa colectiva son legitimados el Ministerio Público (Fiscal), la Unión, los estados, los municipios y el distrito federal, las entidades y órganos de la administración pública, directa e indirecta, aunque sin

Desde una perspectiva garantista, sin embargo, esa idea de participación social en la justicia no puede estar limitada al momento de acceso a la jurisdicción, sino que debe extenderse en su alcance a todos los actos y fases del proceso, sobre todo en el momento de la ejecución de las sentencias. Así, a las garantías de participación en el acceso a la justicia, deben añadirse garantías de participación en la ejecución de los juzgados, lo que incluye, una vez más, los derechos a la información, a la asociación y a ser escuchado –especialmente, en la fase procesal, la ejecución de la sentencia–, lo que se demuestra, al final, esencial para la satisfacción real de los intereses en juego.²⁵⁶

Por último, junto a esas garantías sociales de participación indirecta en las instituciones, existen otras, de autotutela, que corresponden a la acción directa en la defensa o reclamación de un derecho social. Algunas de esas vías de acción directa pueden consistir, por ejemplo, en la creación de cooperativas de producción y consumo o de empresas de autogestión que permitan a las personas lograr, por sí mismas, los bienes y recursos necesarios que corresponden a los derechos sociales.

Sin embargo, la consolidación de esos espacios de autogestión no suele producirse sin conflictos.²⁵⁷ La propia historia de concesión y conquista de los derechos sociales se identifica con un proceso histórico

personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos de los consumidores y las asociaciones civiles legalmente constituidas hace por lo menos un año y que tengan entre sus fines la defensa de los intereses y derechos de los consumidores (artículo 82). La Ley n.º 7.347/1985, modificada entre otras por la Ley n.º 8.078/1990 y por la Ley n.º 8.884/1994, disciplina la acción civil pública de responsabilidad por daños a intereses difusos o colectivos, también asegurando a las asociaciones civiles legitimidad para la proposición de acciones colectivas. En la Constitución Brasileña de 1988, el artículo 5.º, inciso LXXIII, establece que «cualquier ciudadano es parte legítima para proponer una acción popular conducida a anular un acto lesivo al patrimonio público o de entidad de que el estado participe, a la moralidad administrativa, al medioambiente y al patrimonio histórico y cultural» (trad.). En Argentina, el artículo 43 de la Constitución reformada en 1994 contempla la posibilidad de proposición de acciones colectivas «contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, el usuario y el consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general», admitiendo la legitimidad activa de las asociaciones civiles, además del «defensor del pueblo», para la proposición de esas acciones. Para una lectura más profundizada sobre el acceso colectivo a las vías jurisdiccionales, v. Ovalle Favela (2004).

²⁵⁶ Cf. Abramovich y Courtis (2006, p. 79).

²⁵⁷ Cf. Pisarello (2007, p. 126).

conflictivo, marcado por la colocación de acciones de autotutela al margen de la ley o, incluso, claramente en contra de ella, muchas de las cuales después fueron elevadas a un nivel institucional. Es el caso, por ejemplo, de los mecanismos de autotutela que, inicialmente, fueron prohibidos por la ley y que, como resultado de la presión social, fueron legalizados y regulados, como el derecho a la huelga.²⁵⁸ En otros momentos, el empleo de ciertos mecanismos de autotutela o no corresponde a ninguna acción que tenga un estatuto jurídico perfectamente delineado o corresponde a una expresión más o menos convencional de derechos civiles y políticos, como ocurre en el caso de las protestas populares, ocupación de espacios públicos y boicots de consumidores y usuarios de servicios.

Esas formas de expresión y reclamación de derechos sociales suelen ser difundidas en situaciones de vulneración grave y sistemática de esos derechos, cuando las vías institucionales de protección no se dieron cuenta del problema. Así, por ejemplo, situaciones de extrema exclusión o de emergencia social pueden llevar a la ocupación de fábricas abandonadas, tierras improductivas o residencias desocupadas, así como a acciones de desobediencia civil y de resistencia activa.²⁵⁹ En esas situaciones, la respuesta jurídica habitual de los poderes constituidos es la sanción penal, que se revela, sin embargo, como un mecanismo desproporcionado e inadecuado para la resolución de cuestiones sociales, y normalmente ampara el ejercicio antisocial y abusivo de ciertos derechos por parte de terceros afectados, principalmente derechos con contenido patrimonial.²⁶⁰

²⁵⁸ En ese sentido, v. Baylos Grau (1991, 2004).

²⁵⁹ Cf. Abramovich y Courtis (2006, p. 76).

²⁶⁰ Según Pisarello (2007, p. 127), «La admisibilidad, o no, de estas vías de autotutela no solo 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. En tercer término, la existencia real de canales públicos o privados a disposición de los afectados que les permitan plantear 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 las vías de autotutela.

En ese contexto, especialmente en el caso de bloqueo de los canales institucionales de diálogo, la utilización de mecanismos de protesta –e, incluso, de desobediencia *prima facie* ilegales– podría ser caracterizada como un ejercicio calificado del derecho de petición o de libertad de expresión, que da salida a las disidencias por el único medio disponible, directo, extrainstitucional.²⁶¹ En ese caso, tales realizaciones estarían, en realidad, estrechamente relacionadas con la propia esencia de la democracia, que requiere garantías reales y canales francamente abiertos de participación, y en ella ancladas hasta el punto de que se justifiquen como vías legítimas de defensa del principio del estado social y democrático de derecho, así como de reclamación y hasta de realización de normas constitucionales sistemática y gravemente vulneradas. Más que actuaciones punibles, en esas acciones directas por la defensa de un derecho social encontraríamos el real ejercicio de derechos especialmente tutelados y que tienen preferencia frente a otros, como la libertad de tránsito o de comercio.²⁶²

En síntesis, la falta de acceso a canales institucionales de participación, o la manifiesta ineficiencia de las políticas públicas –en especial, en temas relacionados con la supervivencia digna de las personas, como el acceso al trabajo libre y en condiciones decentes, a la salud, a la educación, a la alimentación y a la vivienda– generan, o deberían generar, acciones de autotutela más radicales, capaces de afectar, en mayor o menor grado, otros bienes, tales como la libre circulación, la tranquilidad –a veces, verdadera apatía– pública, el respeto a la legalidad estricta y a la propiedad ajena. Esas acciones no serán ilegítimas, y tampoco incompatibles con el postulado democrático, si están fundamentadas en situaciones de violación grave y sistemática de los derechos sociales, y

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 antisocial de la propiedad, pública o privada, no puede tener preferencia sobre actuaciones cuyo fin es, precisamente, devolver a los recursos en juego un sentido social, ligándolos a derechos como la vivienda o el trabajo».

²⁶¹ En ese sentido, v. Pisarello (2003, 2007).

²⁶² En ese sentido, v. Gargarella (2005), Habermas (1994) y Ugartemendia (1999).

alcancen, en especial, a los derechos e intereses de aquellos que tienen alguna responsabilidad en la existencia de esa situación de vulnerabilidad, ya sean los poderes públicos, ya sean particulares, y con relación a ellos de forma proporcional a su tamaño, influencias y recursos.

Lo que buscamos reforzar, así, es el papel absolutamente imprescindible de las garantías extrainstitucionales en la tutela de los derechos sociales. Garantías extrainstitucionales que no se limitan a la participación meramente formal en la deliberación sobre los asuntos que afectan al respeto a la ciudadanía, sino en el libre y real ejercicio del derecho de asociación, del derecho a la información y, sobre todo, del derecho a ser escuchado por los poderes públicos.

Hablamos, pues, de canales de participación popular que, cuando son bloqueados, pueden, en situaciones extremas, obligar a los poderes públicos y a los propios particulares a reconocer –o, por lo menos, tolerar– ejercicios de autotutela de los derechos sociales que, a pesar de limitar –o incluso violar– derechos de terceros, tienen por objeto la preservación de un bien mayor, la propia supervivencia y dignidad de las personas o la ampliación de la calidad democrática de la esfera «pública».²⁶³

En síntesis, mismo en las sociedades en las que aún no se dispone de las condiciones necesarias para la plena realización de un proceso deliberativo adecuado, es posible garantizar que los intereses públicos que el estado debe perseguir se vuelvan, antes, a la implementación de las condiciones que puedan convertir a los ciudadanos en aptos para participar e influir en el proceso de deliberación acerca de las acciones normativas, materiales y administrativas del estado. El estado democrático de derecho requiere que los distintos grupos sociales, sobre todo aquellos más alejados de las discusiones, no sean «puestos en su debido lugar» en una pretendida segregación, que tengan la posibilidad y la capacidad

²⁶³ En resumen, las garantías sociales, directas o indirectas, son formas de expresión activa de la ciudadanía destinadas a cuestionar la apropiación estatal de la gestión y resguardo de los derechos, y a abrir nuevos canales de expresión frente a la burocratización o al partidismo del funcionamiento de los poderes públicos (Abramovich y Curtis, 2006, p. 77). Para una importante ponderación respecto del tema, v. Olivás Díaz (2005, p. 51-72).

intencional de participar y convivir en los mismos lugares de diálogo que los demás grupos, lo que significa, antes de nada, una diferencia en el reconocimiento de la diferencia. No se pretende establecer para los otros aquello que se juzga bueno para ellos; lo que importa ahora es una superación de ese modelo mediante una visión democrática realmente participativa y abierta a la pluralidad, con la posibilidad recíproca de que todos participen y se reconozcan como coautores del derecho.

En las sociedades contemporáneas, inmersas en un contexto de pluralismo caracterizado por una gran amplitud de percepciones diferenciadas y por un profundo desacuerdo moral que acaba por excluir justificaciones metafísicas del orden jurídico y del poder, la legitimación de las acciones del aparato estatal solamente es posible por medio de su condicionamiento a la voluntad de los que a ellas están sometidos. Se trata, pues, de afirmar que una comprensión de la democracia no se ciñe más a la prerrogativa popular de elegir a sus representantes, sino que supone, más allá de esa elección, la posibilidad de deliberación pública sobre las cuestiones a ser decididas. Desde esa perspectiva, solamente la posibilidad de deliberación popular, a través de la contienda entre argumentos y contraargumentos puestos a prueba públicamente, permite la legitimación de la *res publica*. Por ello, se puede afirmar que, si una determinada propuesta política supera la crítica formulada por los demás deliberantes, puede ser considerada –al menos, *prima facie*– legítima y racional.²⁶⁴

Sin embargo, para que la deliberación colectiva pueda promover un resultado legítimo y racional de las cuestiones públicas de mayor relevancia, debe producirse en un ambiente abierto, libre e igualitario, o sea, en el que todos tengan efectivamente iguales posibilidades y capacidades de ser escuchados, de dialogar, de influir y de persuadir, y la plenitud de igualdad y capacidad entre todos los actores participantes del proceso deliberativo exige la implementación de una multiplicidad

²⁶⁴ Cf. Pereira Souza Neto (2005, p. 7).

de condiciones materiales. Esas condiciones son, al menos, los derechos fundamentales sociales, derechos que, en última instancia, derivan de la propia dignidad humana, como ya demostramos. Para que los ciudadanos puedan influir en los procedimientos de deliberación colectiva, deben cumplirse las condiciones mínimas que se circunscriben en la posibilidad del ejercicio de una vida digna.

7 CONSIDERACIONES FINALES: LOS DERECHOS SOCIALES Y EL EJERCICIO DE LA CIUDADANÍA

El concepto de «ciudadanía», en sus formulaciones más genéricas, suele habitualmente relacionarse con el acceso y el efectivo ejercicio de ciertos derechos civiles y políticos. Sin embargo, por afectar a la libertad y a la autonomía de la persona, la ciudadanía no puede ser reducida a un estatus meramente formal.²⁶⁵ La ciudadanía comprende derechos civiles y políticos, pero no se limita a ellos. Esos derechos explicitan la idea de una igualdad jurídica, fundamental, pero no garantizan, de forma aislada, la capacidad de ejercerla con autonomía por los sujetos. Para ser ciudadano y participar plenamente de la vida pública, especialmente de las decisiones que le conciernen, el sujeto debe encontrarse en una posición mínima económica, social y cultural.

Los derechos civiles y políticos, cuando asociados a los derechos sociales necesarios para asegurar su ejercicio, dotan a los sujetos de mayor y mejor capacidad para proteger sus intereses frente a las arbitrariedades del poder, no solamente del poder estatal, sino también de los poderes fácticos y de los de mercado, minimizando los efectos de las asimétricas relaciones de poder que se instalan y se reproducen en las diversas esferas de la vida social. De otra forma, la ciudadanía se realiza cuando se alcanza una asociación armoniosa entre libertad e igualdad: la igual libertad, o la «libertad real», base fundamental de la democracia.²⁶⁶ En ese contexto, los derechos sociales se constituyen en instrumentos imprescindibles a la libertad, que, aunque sea un concepto relativo (¿qué libertad?, o, ¿libertad, para qué?), debe ser entendido con un contenido mínimo real y estable en el tiempo, efectivamente destinado a asegurar las condiciones

²⁶⁵ En ese sentido, v. Añón (2002).

²⁶⁶ No tratamos de afirmar, sin embargo, que la libertad requiera el igualitarismo o la igualdad en todo, sino, desde la perspectiva de Bobbio (1995), la *igualdad en algo*, que cada comunidad debe definir o pactar y que evoluciona históricamente.

materiales que posibilitan esa misma libertad tanto en la esfera privada como en los procedimientos públicos de toma de decisiones.²⁶⁷

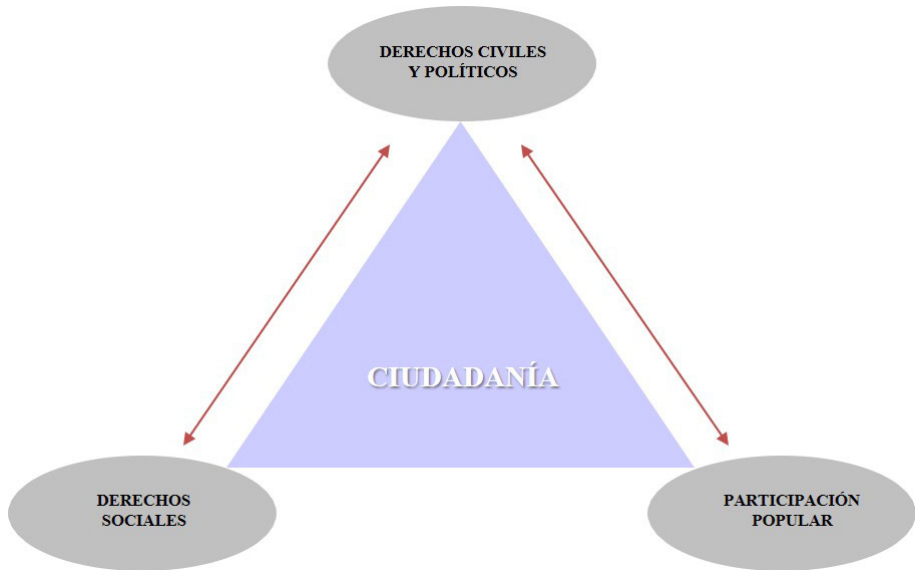
Ahora bien, si la noción de ciudadanía integral implica la percepción de que la ciudadanía no se fundamenta solamente en el acceso y en el ejercicio de ciertos derechos formalmente establecidos, civiles y políticos, sino también en el acceso a recursos económicos, sociales y culturales, nos parece que es imprescindible dotar a la ciudadanía plena de una estructura capaz de proporcionar mecanismos para que los derechos civiles, políticos y sociales sean ejercidos y, de hecho, se interrelacionen.

Así, el mayor o menor grado de ejercicio de la ciudadanía, en su acepción integral, siempre está vinculado a la solidez de una estructura tripartita, formada desde el amplio reconocimiento de los derechos civiles y políticos, de las garantías de los derechos sociales –y, por tanto, de una distribución más equitativa de los recursos económicos, sociales y culturales– y de las reglas procedimentales que envuelven a la participación popular: cada uno de esos elementos tiene un papel fundamental de soporte a los demás y, al mismo tiempo, establece un equilibrio o balance razonable al conjunto. Los derechos civiles y políticos demandan, así, derechos sociales y también reglas de procedimiento para la participación popular; pero, al mismo tiempo, esos derechos, intereses y reglas también establecen límites entre sí en su interrelación, de modo que ninguno de ellos se imponga a los demás.

Cuanto más armoniosa, equilibrada y sinérgica sea esa relación, mayor será la capacidad de acceso y ejercicio de la ciudadanía plena; cuanto menos armoniosa, equilibrada y sinérgica sea esa relación, menor será la capacidad de acceso y ejercicio de la real ciudadanía, y, consecuentemente, mayor será la desigualdad y la exclusión de las personas.

Desde esa perspectiva, el ejercicio de la ciudadanía opera en un sistema de equilibrio, articulación y limitación, o de balance, entre esos componentes que puede representarse así:

²⁶⁷ Así, desde diferentes perspectivas, Habermas (2005, p. 147) y Fabre (2000, p. 111 y ss.).



En ese contexto, cada sociedad puede presentar distintas situaciones de mayor o menor equilibrio del sistema, y esas situaciones no son estáticas. En consecuencia, para que podamos identificar lo que está en juego en la relación inclusión/exclusión en cada sociedad en un determinado momento histórico, debemos observar el estado de equilibrio (mayor o menor) de ese sistema, o mejor aún, el complejo proceso de constitución del equilibrio de esa ecuación entre el amplio reconocimiento de los derechos civiles y políticos, las garantías de los derechos sociales y las reglas procedimentales que envuelven a la participación popular.²⁶⁸

²⁶⁸ De ese modo, si la ciudadanía integral se fundamenta en el reconocimiento de derechos civiles y políticos, distribución de los recursos económicos, sociales y culturales y por efectivos mecanismos de participación, una ciudadanía limitada o debilitada, basada en la exclusión, se define desde una situación en la que, junto a la existencia de derechos civiles y políticos formalmente reconocidos como derechos fundamentales y de un razonable grado de estabilidad de los mecanismos de institucionalización democrática, podemos verificar el acceso debilitado o acentuadamente desigual a los recursos económicos, sociales y culturales. Ese desequilibrio en la distribución de los bienes económicos, sociales y culturales lleva, necesariamente, a una limitación del acceso real a formas de participación eficaces para reproducir y transformar las necesidades en demandas, y, por tanto, conduce a un debilitamiento del propio acceso y del efectivo ejercicio de los derechos civiles y políticos formalmente establecidos, entendidos como fundamentales.

Por cuenta de eso, resaltamos la importancia de la adopción previa del referencial crítico construido desde los primeros apartados de esta obra, que trata de reconfigurar la percepción habitual de las garantías de los derechos sociales desde una perspectiva garantista y democrática como premisa para la efectiva remoción de los obstáculos que impiden la materialización de los derechos sociales.

Si no son adoptadas medidas relacionadas con la distribución más equitativa de los recursos económicos, sociales y culturales que, además de fortalecer las garantías de los propios derechos, proporcionen, por todos los medios posibles y potencialmente eficientes, el acceso real a la ciudadanía integral, aquella que se alcanza cuando hay una asociación armoniosa entre libertad e igualdad, la «libertad real», base fundamental de la democracia, no se puede hablar de una sociedad libre y autónoma.

En ese contexto, la efectividad de los derechos sociales es imprescindible para la libertad, pero está interrelacionada con la participación popular: como ya afirmamos, entendemos que la efectiva interacción de una norma o de un programa con sus destinatarios, y la actuación de cada uno de ellos en la defensa de sus derechos y en la defensa de los derechos de todos, es la mejor garantía que puede ser atribuida a los derechos sociales.

Es necesario, por tanto, expandir la democracia no solamente como sistema político, sino desde la búsqueda de una ciudadanía integral, inclusiva, con la participación activa de los actores sociales y su efectivo compromiso con las decisiones que afectan al desarrollo humano.

Por eso, a lo largo de la presente obra siempre tratamos de utilizar las expresiones «políticas públicas» y «políticas sociales» de forma indistinta.²⁶⁹ Si la política corresponde a un proceso multifacético de

²⁶⁹ No obstante, en el ámbito de la literatura y del lenguaje político, es habitual el uso del término «políticas sociales» para identificar una parcela particular de las «políticas públicas». Las «políticas sociales», así, se referirían solamente a aquellas políticas dedicadas a la realización de los derechos sociales (educación, vivienda, salud, etc.). Por otro lado, las políticas públicas, además de las políticas sociales, también comprenderían otras políticas, como las ambientales y las macroeconómicas (aquellas que se refieren a la política fiscal y a la política monetaria). En ese sentido, v. Schmidt (2007).

elección de los instrumentos para la realización de los objetivos de los gobiernos,²⁷⁰ que supone la participación de intereses privados, además de los agentes públicos, es cierto que las políticas públicas, o sociales, teniendo en la participación popular en su formulación, implementación y control, substancial premisa de su propia legitimidad y eficiencia,²⁷¹ trascienden a los instrumentos normativos del programa de gobierno, insiriéndose en un plan más amplio. Es necesario que hagamos algunas breves consideraciones sobre la verdadera significación de lo «público».

Subsiste, de hecho, una frecuente asociación entre público y estatal, acción pública y acción estatal, política pública y política estatal. Ora, el estado no detenta el monopolio de la política, ni toda acción o política estatal es necesariamente pública. Ese último error reside en la frecuente incapacidad para identificar cuán poco democrático puede ser el estado, de suerte que sus acciones y políticas reproduzcan, con mayor o menor aclaración, sus clivajes económicas, sociales y culturales. La asociación entre lo público y lo estatal, en esa medida, se evidencia ideológica y políticamente perversa, sea porque reproduce una ética colonizadora del estado sobre la sociedad civil –despojando a los actores privados de la calidad de titulares de la soberanía–, sea porque retira de los mismos actores privados la posibilidad de ejercer de forma creativa otras formas de acción que no sea a través del estado. Otra asociación categorial igualmente peligrosa consiste en atribuir a las acciones no estatales, llevadas a cabo principalmente a través de organizaciones del tercer sector, no gubernamentales, una proyección invariablemente democrática y comprometida con los intereses de la comunidad. Hay que

²⁷⁰ Según Dallari Bucci (2002, p. 241), las políticas públicas pueden ser entendidas como «programas de acción gubernamental que buscan coordinar los medios a disposición del estado y las actividades privadas para la realización de objetivos socialmente relevantes y políticamente determinados» (trad.).

²⁷¹ La idea de ejercicio del poder político está contemporáneamente asociada a la idea de *fuera autorizadora* de la soberanía popular. Así, el gran desafío que se impone al estado democrático contemporáneo es la superación de los déficits de inclusión y de participación política.

desligar, pues, lo público de lo estatal, y la acción no estatal de aquella relativa a lo democrático y a lo socialmente justo.²⁷²

En fin, aquí defendemos la idea de que los términos «público» y «social» no pueden ser disociados. Una acción estatal de intervención social constituye, de hecho, una política *pública y social*. Las intervenciones estatales en el ámbito del orden económico y financiero, así, también son pautadas por expectativas públicas.²⁷³ El estado contemporáneo, como agente normativo y regulador de la actividad económica, tiene sus actividades pautadas, o al menos justificadas, de forma habitual, en el atingimiento de los fines sociales del orden económico, que incluyen el primado de la función social de la propiedad, la defensa del medio ambiente y la reducción de las desigualdades.

Por otro lado, incluso cuando las acciones y programas de intervención social son protagonizados por actores privados, sus efectos habitualmente permiten su inserción, sin mucha resistencia, en el catálogo de las políticas públicas, porque, normalmente, aun cuando no subordinados directamente a las decisiones de las autoridades públicas, esos actores, de alguna forma, están con ellas relacionadas, si no estrechamente vinculadas.

Así, por ejemplo, las entidades sin ánimo de lucro (*non-profit*), las organizaciones sociales, las entidades filantrópicas, o incluso aquellas con fines lucrativos, como las inseridas en el contexto de las modernas colaboraciones público-privadas, tienen su acción condicionada a apoyos e incentivos que suponen costes públicos directos o indirectos, como la renuncia o el aplazamiento de ingresos públicos, exenciones, inmunidades o regímenes tributarios diferenciados. Si no es así, la acción no es social, ni tampoco pública.

En síntesis, la concretización de la ciudadanía, en lo que se refiere a la libertad y a la autonomía de la persona, demanda ciertas condiciones

²⁷² Para un mayor desarrollo de esa formulación, v. Rodrigues de Freitas Júnior y Zapparolli (2007).

²⁷³ El artículo 173 de la Constitución Brasileña de 1988 dispone que la explotación directa de una actividad económica por el estado «solo será permitida cuando sea necesaria por imperativos de la seguridad nacional o interés colectivo, según definidos en ley» (trad.).

para su realización, condiciones imprescindibles para que esa ciudadanía no se reduzca a un estatus meramente formal.²⁷⁴ Esas condiciones se refieren al acceso a ciertos recursos básicos para el ejercicio de derechos e, incluso, de deberes. Tales recursos, que en su expresión mínima corresponden al mínimo existencial, son básicamente económicos, sociales y culturales. Así, el acceso igualitario, o, por lo menos, no tan desigual a esos recursos, envueltos en contiendas ubicativas, constituye una condición necesaria para la ciudadanía integral, de forma que la realización de la ciudadanía plena requiere, en lugar de intervenciones selectivas que, muchas veces, más que igualar las desigualdades, tienden a operar como efectivas concesiones discrecionales, si no como medidas de control de los pobres, (re)pensar las garantías de los derechos sociales desde una perspectiva democrática y garantista.²⁷⁵

La ciudadanía comprende derechos civiles y políticos, pero no se limita a ellos. Esos derechos suponen la idea de una igualdad jurídica, fundamental, pero no garantizan, por sí solos, la capacidad de ejercerla con autonomía por los sujetos. Para ser ciudadano y participar plenamente de la vida pública, especialmente de las decisiones que le atañen, el sujeto necesita encontrarse en una posición económica, social y cultural mínima. La noción de ciudadanía, por tanto, no puede ser independiente de una perspectiva garantista, democrática y participativa de los derechos: ser ciudadano no puede ser reducido al ámbito de la titularidad formal de derechos civiles y políticos; exige, antes (o, de forma más concreta, concomitantemente), la satisfacción de los derechos sociales. Se incorporan, así, al concepto de ciudadanía las reales condiciones para el ejercicio de capacidades y la participación en los procesos de deliberación y en los resultados sociales.

Los derechos civiles y políticos, cuando asociados a los derechos sociales necesarios para asegurar su ejercicio, dotan a los sujetos de mayor y mejor capacidad para proteger sus intereses frente a la arbitrariedad del

²⁷⁴ En ese sentido, v. Añón (2002).

²⁷⁵ En ese sentido, v. Campero (2007).

poder, no solamente del poder estatal, sino también de los poderes fácticos y de los poderes de mercado, minimizando los efectos de las asimétricas relaciones de poder que se instalan y reproducen en las diversas esferas de la vida social. De otra forma, la ciudadanía se realiza cuando se alcanza una asociación armoniosa entre libertad e igualdad: la igual libertad, o la «libertad real», base fundamental de la democracia. En ese contexto, los derechos sociales se constituyen en instrumentos imprescindibles para la libertad, entendida con un contenido real y verdaderamente estable en el tiempo, efectivamente destinados a asegurar las condiciones materiales que la posibilitan tanto en la esfera privada como en los procedimientos públicos de toma de decisiones. La propia participación popular es imprescindible para asegurar la tutela de los derechos, ya sean civiles, políticos o sociales, no solamente a través de los poderes estatales, sino más allá de ellos o incluso contra ellos, evitando la vulneración de los derechos por los propios poderes de turno.

En ese contexto, sin perjuicio del significativo papel que las garantías institucionales, políticas y jurisdiccionales ejercen en la tutela de los derechos sociales, los derechos sociales demandan, para su concretización, una amplia utilización de los instrumentos y medios de tutela o de defensa de derechos que, sin perjuicio de las intervenciones estatales, dependen de la actuación de sus propios titulares. Normas y programas son importantes, pero es exactamente en la efectiva interacción de una norma o de un programa con sus destinatarios, y en la actuación de cada uno de ellos en la defensa de sus derechos y en la defensa de los derechos de todos, donde reside la mejor garantía que puede ser atribuida a los derechos. Por tanto, es necesario expandir la democracia no solamente como sistema político, sino desde la búsqueda de una ciudadanía integral, inclusiva, con la participación activa de los actores sociales y su efectivo compromiso con las decisiones que afectan al desarrollo humano.

El problema que planteamos aquí es la habitual tendencia burocratizante y centralizadora del proceso decisorio de políticas, que

retira a la ciudadanía la efectiva oportunidad de participación y debate sobre los temas que le incumben. Las tradicionales instituciones de la democracia han vinculado las políticas públicas a una idea reducida de democracia, de simple técnica de procedimientos institucionales. Es innegable que el sistema de representación político-institucional vive un proceso de crisis de legitimidad, verificado en la abstención, en la indiferencia y en los bajos índices de filiación a partidos políticos del electorado, así como en la ausencia general de implicación política y social.²⁷⁶ Pero, en ese contexto, la idea de estado, como el propio tema de la democracia y del poder político, pasa por la evaluación de la eficacia y legitimidad de los procedimientos utilizados en el ejercicio de la gestión de los diversos intereses públicos y de su propia demarcación desde nuevos espacios de comunicación y nuevos instrumentos de participación, si no de verdadera autotutela: las organizaciones populares de base, los consejos populares, los sindicatos obreros, los convenios con el sector privado, etc., que amplían, como práctica histórica, la dimensión democrática de la construcción social de una ciudadanía contemporánea, integral, representativa de la intervención consciente de nuevos sujetos sociales en ese proceso.²⁷⁷

El acceso a la información es un bien indispensable para el control y la crítica, por parte de los titulares de la ciudadanía, de la actividad estatal, para la existencia de un debate público sobre las políticas, para el control de la corrupción y otros desvíos y para la responsabilización política de los poderes de turno.

En ese sentido, reafirmamos la idea de que, en materia de derechos sociales, el acceso a la información debe ofrecer a las personas la posibilidad no solamente de que se informen, sino también de que evalúen las políticas públicas. Para ello, el estado debe empeñarse en producir y

²⁷⁶ Por ejemplo, a pesar de la obligatoriedad del voto y aunque los índices de abstención electoral en Brasil vengán decreciendo, en el primer turno de las elecciones presidenciales de 2006 el índice de abstención alcanzó la fracción del 16,75% del electorado, lo que corresponde a 21.092.366 electores ausentes (MATTEDI, 2006).

²⁷⁷ Cf. Gesta Leal (2006, p. 33 y ss.).

poner a disposición de todos, al menos, información sobre la situación real de sus diferentes áreas de actuación en el ámbito de los derechos sociales, principalmente cuando ese conocimiento requiere mediciones expresas mediante ciertos indicadores, y sobre el real contenido de las políticas públicas en desarrollo o proyectadas, con expresos informes sobre sus fundamentos, objetivos, plazos de realización y recursos empleados. El acceso a la información es significativamente necesario, incluso, para el control sobre actividades, obras y medidas que puedan tener un impacto irreversible sobre los derechos sociales.²⁷⁸

El libre y real ejercicio del derecho de asociación, del derecho de sindicación, del derecho a la información –y, sobre todo, del verdadero derecho a ser escuchado por los poderes públicos, que hace que sus titulares puedan hacerse visibles y audibles en el propio proceso de construcción de los derechos–, junto con el derecho de crítica frente a leyes, reglamentos y decisiones, incluso judiciales, que puedan constituir, *prima facie*, vulneraciones de derechos fundamentales, constituye la expresión de aquello que identificamos como las garantías sociales de los derechos, imprescindibles para el mantenimiento de la democracia real y para asegurar la eficacia de los propios derechos, comenzando por los sociales.

Por otro lado, si tenemos presente la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos civiles, políticos y sociales, fácilmente podemos concluir que la concretización de algunos derechos civiles y políticos, al menos, constituye una premisa necesaria para el real ejercicio de esas garantías, pero que esa efectividad demanda, también, la materialización de algunas necesidades básicas, económicas, sociales

²⁷⁸ Así, por ejemplo, las legislaciones pertinentes al medioambiente normalmente exigen una previa evaluación del impacto ambiental en cuanto a la realización de actividades y obras potencialmente lesivas en términos ambientales. En el mismo sentido, las leyes de defensa del consumidor suelen exigir de aquellos que producen, importan, distribuyen o comercialicen bienes materiales, o presten servicios, que suministren a los consumidores informaciones reales y suficientes sobre las características esenciales de esos bienes o servicios.

y culturales, identificadas con el mínimo existencial, que solamente es posible a través de la satisfacción de ciertos derechos sociales.

El ejercicio de los derechos políticos –sobre todo, de los derechos del ciudadano, de votar, de afiliarse a algún partido político, de petición a las autoridades públicas–, y los derechos de asociación y de reunión y el derecho a la libertad de expresión sin censura previa resulta imprescindible en la lucha contra las formas contemporáneas de esclavitud. El sufragio, en especial, es aún el medio más eficiente para responsabilizar a los agentes políticos por sus actuaciones en defensa o contra los derechos civiles, políticos y sociales. La participación política de los trabajadores no puede permanecer, así, relegada a un plano simbólico, pues la democracia ofrece la oportunidad de realización de algunos de sus intereses más inmediatos mediante cierta organización. No participar, en este contexto, representa delegar en las instituciones dominantes su «representación», con los riesgos y perjuicios que de ello se derivan.²⁷⁹ Además, las posibilidades de imposición o conquista por la ciudadanía de nuevos mecanismos de audición y de negociación en áreas críticas, como la de la legislación laboral y la de la seguridad social, pueden llevar, mediante el diálogo social, a una verdadera concertación.²⁸⁰

Además del sufragio, por tanto, lo que la ciudadanía debe buscar incesantemente es la superación del modelo de políticas conservadoras que caracteriza algunos estados²⁸¹ con la apertura de nuevos canales de interlocución y participación social, para que los destinatarios de los derechos puedan ejercer un papel activo en la discusión y en las

²⁷⁹ En ese sentido, v. Przeworski (1989).

²⁸⁰ La expresión «diálogo social» corresponde, en términos estrictos, a las relaciones de comunicación, consulta y negociación que se establecen entre el gobierno, los empresarios y los representantes de los trabajadores –sobre todo, los sindicatos– en las cuestiones de interés común. En un sentido más amplio, la expresión puede ser utilizada para referirse a las relaciones horizontales entre el estado y las diversas organizaciones de la sociedad civil, con la finalidad de que aborden conjuntamente los problemas sociales y ayuden a la elaboración compartida y consensual de soluciones. La concertación, en ese sentido, se refiere especialmente al diálogo social tripartito, implicando a los poderes públicos, los diversos sectores del empresariado y los trabajadores a través de los respectivos sindicatos. Para una lectura sobre el diálogo social, la concertación social y sus implicaciones, v. Villasmil Prieto (2002). Sobre las posibilidades que advienen de la participación institucional del sindicato, v. Mora Cabello de Alba (2008).

²⁸¹ En ese sentido, v. Draibe (1993).

decisiones sobre los asuntos que les interesan y que pueden afectar a los derechos civiles, políticos y sociales. De lo que se trata, por tanto, es de la sustitución de un modelo formal de igualdad política puntual (en las elecciones) por un modelo substancial de igualdad política permanente (en el gobierno), de forma que el derecho político principal deje de ser el voto, centrado en el concepto de elector, y pase a ser la intervención mediante la participación ciudadana: reforzar la participación de las personas en todas las vertientes, devolviéndoles el poder de decisión, legitimando la acción gubernativa cotidiana y reforzando, igualmente, la amplia participación política.²⁸²

La importancia de la participación social no es menor en los espacios jurídicos, que pueden, como ya afirmamos, ser utilizados como canales de crítica y contienda con relación a acciones públicas y privadas tendentes a la vulneración de derechos civiles, políticos y sociales, especialmente cuando las instancias políticas se encuentran bloqueadas o son insensibles, y no ofrecen una respuesta adecuada a la reclamación de las minorías en situación de mayor vulnerabilidad.

Por fin, la ciudadanía debe concentrarse, aún, en aquellas acciones directas de defensa o reclamación de los derechos. El empleo de ciertos mecanismos de autotutela, como protestas populares, ocupaciones de espacios públicos, boicots de consumidores y, sobre todo, ocupaciones de propiedades que no cumplen su función social – así como otros que podrían parecer *prima facie* ilegales o desprovistos de un estatuto jurídico específico– ante el bloqueo de los canales institucionales, debe ser caracterizado como un ejercicio calificado de la democracia, que requiere garantías reales y canales francamente abiertos de participación, a punto de justificarse como vía legítima, si no como verdadero deber de la ciudadanía.

Si la ciudadanía no se limita a la participación meramente formal en la deliberación de los asuntos que le conciernen, es legítimo

²⁸² En ese sentido, v. Vargas (2002).

que, bloqueados los canales de participación popular y en situaciones extremas, los poderes públicos y los propios particulares estén obligados a reconocer (o, por lo menos, tolerar) ejercicios de autotutela de los derechos sociales que, a pesar de limitar –o incluso violar– derechos de terceros, tienen por objeto la preservación de un bien mayor: la propia supervivencia y la dignidad de las personas o la ampliación de la calidad democrática de la esfera «pública».

La construcción de un nuevo modelo de producción y consumo que tenga como meta la sustentabilidad social y ambiental presupone, de hecho, una redefinición en la dinámica de las relaciones entre estado, sociedad y mercado, con la reasignación de papeles entre los diversos agentes envueltos y de cada uno de ellos en particular.²⁸³ La construcción de la sustentabilidad presupone que la gestión empresarial se base en la busca de la armonización entre el crecimiento económico y el desarrollo socioambiental; tiene que traducirse en una nueva visión de la empresa en cuanto a su papel social, internalizada como cultura gerencial, una nueva cultura que se fundamenta en la ética y que se aplica a los diversos procesos y relaciones de la práctica empresarial, lo que implica replantear, mejorando la respectiva calidad, todas las relaciones mantenidas por las empresas con sus accionistas, abastecedores, empleados, consumidores y con las comunidades en las que están insertas.²⁸⁴

En síntesis, la noción de «buena empresa», que interesa a la ciudadanía y al consumo, se refiere a las empresas que adoptan prácticas gerenciales socialmente responsables, prácticas que se demuestran relevantes para el retorno de sus inversiones a largo plazo, y que también mejoran su imagen pública y reputación, componentes que, aunque

²⁸³ Cf. Grajew (2004, p. 213 yss.).

²⁸⁴ Esa nueva cultura empresarial debe basarse en una visión amplia, que asocie las metas empresariales con objetivos importantes para la sociedad, como la eliminación de la pobreza y de las condiciones degradantes de trabajo. El buen desempeño empresarial no puede estar basado y medido solamente por el lucro, así como el desempeño de un país, incluso en el ámbito económico, no puede ser medido solamente por su Producto Interior Bruto. Eso implica, para las empresas, redefinir incluso la propia noción de coste: no basta buscar el menor coste de producción si el coste social o ambiental invertido es extremadamente elevado.

intangibles, pueden ser percibidos en algunas ventajas diferenciales, como la lealtad del consumidor y la mayor facilidad de acceso a los mercados. Empresa «buena» es, por tanto, aquella que es buena para trabajar, para tener como compañera, para invertir y para comprar sus productos y servicios.²⁸⁵

Muchas de las cuestiones aquí abordadas apuntan, en síntesis, a la configuración de una pléyade multi-institucional, participativa y polifacética de las garantías de los derechos humanos, civiles, políticos y sociales. Perfeccionar tales garantías y mejorar la calidad de los espacios democráticos son los elementos centrales en un programa de real concretización de los derechos sociales, apto para recapacitar las garantías institucionales y sociales de los derechos a todos los niveles.

Pero, además, concretizar los derechos sociales en nuestros días depende de un cambio ético de la sociedad. Depende de una nueva mirada sobre el «otro», de forma que, al hablar del otro, cada persona descubra reflejada su propia imagen, con un tránsito desde un hombre construido a partir de dualidades excluyentes –naturaleza-cultura, bueno-malo, sujeto-objeto, empresario-obrero, nacional-extranjero, normal-diferente– a otro que se reconoce a sí mismo como parte de un todo plural, diversificado, en una visión en la que los otros, los «distintos», ya no sean objetos de extrañamiento, de invisibilización, de cosificación o de explotación, sino seres humanos y, por tanto, personas titulares de derechos y de dignidad. Eso significa no intentar domeñar los otros, clasificarlos ni jerarquizarlos.

La neutralización o eliminación del otro, del diferente, es una práctica en solución siempre dispuesta a precipitarse que continúa su marcha, pues hoy, en el contexto conservador del orden mundial, se acentúan aún más las desiguales distribuciones características de la sociedad dividida en clases del capitalismo, agudizándose el proceso de paulatina desintegración sufrido por las sociedades. Es necesario reforzar

²⁸⁵ Cf. Grajew (2004, p. 216).

pautas que tiendan hacia la generación de una cultura social y política que derribe las barreras de la exclusión y del cierre social.

Así las cosas, la cuestión de la concretización de los derechos sociales exige voluntad política, articulación, planificación de acciones y definición de metas objetivas, pero sobre todo exige pensar en un modelo de desarrollo más humano, más justo y más democrático, para lo que es preciso un mayor compromiso, si no un verdadero cambio ético, de la sociedad civil.

El capitalismo se desarrolló mediante mecanismos de dominación, de neutralización y de extrañamiento, y aportó, a las sociedades contemporáneas, una violencia estructural, con una gran conflictividad interior y exterior que aparece expresada a través de términos cada vez más presentes en nuestra realidad cotidiana: peleas, disputas, controversias, injusticias, colisiones, antagonismos, etc. Pero el núcleo central del problema no es si podemos o no convivir con el capitalismo, sino si podemos continuar tolerando el escándalo de la sobreexplotación de las personas, del hambre y de las enormes desigualdades, factores indispensables para sostener el modelo actual de crecimiento económico trazado por el capitalismo, negando la concretización de los derechos sociales y su lugar en el catálogo de derechos humanos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. In: BIRGIN, H.; KOHEN, B. (org.). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires: Biblos, 2006.

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. El acceso a la información como derecho. In: DUHALDE, E. L. (org.). *Anuario de derecho a la información*. Buenos Aires: Eudeba, 2000.

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales en el debate democrático*. Madrid: Bomarzo, 2006.

AJA, E. (org.). *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.

ALEXY, R. Derechos fundamentales y estado constitucional democrático. In: CARBONELL, M. (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

ALFONSO, L. P. *Estado social y administración pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid: Civitas, 1983.

ALTHUSSER, L. *Aparelhos ideológicos de estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

ALTHUSSER, L. *Posiciones*. Barcelona: Anagrama, 1977.

ALVAREZ, L. G. D. *Anatomía del intelectual reaccionario*: Joseph de Maistre, Vilfredo Pareto y Carl Schmitt. Madrid: Biblioteca Nueva, 2007.

ÁLVAREZ, S. Derechos humanos de las mujeres y relativismo cultural. In: CANTÓ, P.; POSTIGO, E. (org.). *Autoras y protagonistas*. Madrid: IUEM-Universidad Autónoma de Madrid, 2000.

AMARAL, G. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDERSSON, J. *Investment or cost?* The role of the metaphor of productive social policies in welfare state formation in Europe and the US: 1850-2000. World Congress in Historical Sciences. Sydney: [s. n.], 2005.

ANNAN, A. Administrative law in a global era: progress, deregulatory change, and the rise of the administrative presidency. *Cornell Law Review*, Ithaca, NY, n. 73, 1988.

AÑÓN, M. J. Ciudadanía social: la lucha por los derechos sociales. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Valencia, n. 6, 2002. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=306394>. Acceso en: 30 nov. 2009.

AÑÓN, M. J.; AÑÓN, J. G. (org.). *Lecciones de derechos sociales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

ANSUATEGUI, F. J. *Poder, ordenamiento jurídico y derechos*. Madrid: Dykinson, 1997.

APEL, K.-O. *Hacia una macroética de la humanidad*. México: UNAM, 1992.

APEL, K.-O.; KETTNER, M. (org.). *Die eine Vernunft und die vielen Rationalitäten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

APEL, K.-O. The problem of philosophical foundations in light of a transcendental pragmatics of language. *In*: BAYNES, K.; BOHMAN, J.; MCCARTHY, T. (org.). *After philosophy: end or transformation?* Cambridge: MIT, 1987.

ARAGÓN, M. El control como elemento inseparable del concepto de constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 19, 1987.

ARAGUREN, J. L. *Ética*. Madrid: Trotta, 1994.

ARANGO, R. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. *El Otro Derecho*, Bogotá, n. 28, 2002.

ARAÚJO, F. R. *et al.* Direito como signo – vinte anos. *In*: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

ARENDT, H. *On revolution*. New York: Hortsseiner, 1989.

ARISTÓTELES. *Obras completas*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ARISTÓTELES. *Política*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1951.

ASSIER-ANDRIEU, L. *O direito nas sociedades humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ATIENZA, M. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AULO GELIO. *Las noches áticas*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europea-América, 1959.

AUSTIN ASIS. *Quem é quem no mercado de saúde no Brasil*. Pesquisa. 2010.

ÁVILA, J. T. *El mínimo vital en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Cinep-Diakonia, 2002.

BACELLAR FILHO, R. F. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BACHOF, O.; WOLFE, H.; STOBER, R. *Direito administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

BAKHTIN, M. *Marxismo e filosofia da linguagem*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1988.

BALDASARRE, A. *La déclaration des droits sociaux*. Paris: J. Vrin, 1946.

BALDASARRE, A. *Los derechos sociales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

BALIBAR, É. *Les frontières de la démocratie*. Paris: La Découverte, 1992.

BAPTISTA, T. W. F.; MACHADO, C. V.; LIMA, L. D. Responsabilidade do estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos poderes. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, n. 3, Rio de Janeiro, 2009.

BARATA, R.; CHIEFFI, A. L. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 25, 2009.

BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, A. P. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, 2005.

BARRETO, V. P. Reflexões sobre os direitos sociais. *In*: SARLET, I. W. (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: BARROSO, L. R. (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2.^a Região*, São Paulo, n. 2, 2007.

BARROSO, L. R. Vinte anos da constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. *In*: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

BARUKI, L. V. R.; BERTOLIN, P. T. M. Violência contra a mulher: a face mais perversa do patriarcado. In: ANCREUCCI, A. C. P.; BERTOLIN, P. T. M. (org.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010.

BAUMAN, Z. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Z. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BAYNES, K. Democracy and the Rechtsstaat: Habermas's Faktizität und Geltung. In: WHITE, S. K. (org.). *The Cambridge companion to Habermas*. Cambridge: Cambridge University, 1995.

BAYÓN, J. C. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. In: BAYÓN, J. C. et al. *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BAYÓN, J. C. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BEARD, C. A. *An economic interpretation of the constitution of the United States*. Mineola: Dover, 2004.

BECKER, A. A. *Teoria geral do direito tributario*. São Paulo: Saraiva, 1972.

BERLIN, I. Dos conceptos de libertad. In: BERLIN, I. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1998.

BERTOMEU, M. J. et al. *Republicanism y democracia*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005.

BICKEL, A. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New York: Yale University, 1986.

BIELEFELDT, H. Menschenrechte – universaler Normkonsens oder eurozentrischer Kulturimperialismus? In: BROCKER, M.; NAU, H. (org.). *Ethnozentrismus*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1997.

BIGOLIN, G. A reserva do possível como limite à eficácia dos direitos sociais. *Revista de Doutrina da Quarta Região*, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/Constitucional/giovani-bigolin.htm>. Acesso em: 22 abr. 2006.

BOBBIO, N. *Derecha e izquierda: razones y significados de una distinción política*. Madrid: Taurus, 1995a.

BOBBIO, N. *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi, 1995b.

BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995c.

BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5.ed. Brasília: UnB, 1994.

BÖCKENFÖRDE, E.-W. Demokratie als Verfassungsprinzip. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (org.). *Handbuch des Staatsrechts*. Vol. I. Heidelberg: C. F. Müller, 1987.

BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Recht, Freiheit, Staat: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.

BODIN, J. *Los seis libros de la república*. Caracas: Instituto de Estudios Políticos, 1966.

BONAVIDES, P. A globalização e a soberania: aspectos constitucionais. In: FIOCCA, D.; GRAU, E. R. (org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

BONAVIDES, P. *Constituinte e constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, P. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOROWSKI, M. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOURDIEU, P. *Cuestiones de sociología*. Madrid: Istmo, 2000.

BOURDIEU, P. *Langage et puvoir symbolique*. Paris: Seuil, 2001.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. OPAS/OMS. *Avaliação da assistência farmacêutica no Brasil: estrutura, processo e resultados*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. *I relatório brasileiro sobre o cumprimento do pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais*. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2001.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. *II relatório brasileiro sobre o cumprimento do pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais*. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2006.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. *Consideração dos relatórios submetidos por países membros conforme artigos 16 e 17 do pacto. Observações finais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2009.

BRAVO, M. I. S.; CORREIA, M. V. C. Desafios do controle social na atualidade. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 109, 2012.

BRESSER-PEREIRA, L. C.; GRAU, N. C. Entre o estado e o mercado: o público não-estatal. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; GRAU, N. C. (org.). *O público não-estatal na reforma do estado*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

BRITO, C. A. Poder constituinte versus poder reformador. In: MAUÉS, A. *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

BROLIANI, J. N. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 21, 2005.

BROWN, W.; WILLIAMS, P. *La crítica de los derechos*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2003.

BUCCI, M. P. D. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: BUCCI, M. P. D. et al. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001.

BUCCI, M. P. D. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, M. P. D. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 133, jan./mar. 1997.

CALAMANDREI, P. *La illegittimitá costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: Cedam, 1950.

CALLINICOS, A. *Igualdad*. Madrid: Siglo XXI, 2003.

CAMPERO, G. Trabajo y ciudadanía. In: CALDERÓN, F. (org.). *Ciudadanía y desarrollo humano*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. Metodología “Fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y Libertades*, Madrid, n. 6, 1998.

CANOTILHO, J. J. G. ¿Revisar/la o romper con la constitución dirigente? *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 43, 1995.

CAPLAN, L. Direitos sociais da constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

CARA, J. C. G. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

CARBONELL, M.; PARCERO; J. A. C.; VÁZQUEZ, R. (org.). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. 2. ed. México: Porrúa-UNAM, 2001.

CARÍAS, A. B. *Política, estado y administración pública*. Caracas: Ateneo, 1979.

CARNOY, M. *Estado e teoria política*. 11. ed. Campinas: Papyrus, 2005.

CARTER, I. *La libertà eguale*. Milano: Feltrinelli, 2005.

CARVALHO, P. B. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CASTEL, R. *Les métamorphoses de la question sociale: une chronique du salariat*. Paris: Fayard, 1995.

CASTRO, J. L. C. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CASTRO, M. F. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 34, 1996.

CAVALCANTE, P. M. R. A compreensão político-jurídica atual da função jurisdicional: a omissão legislativa e os direitos sociais em aberto – do juiz burocrata ao juiz concretizador. A mediação judicativa-decisória dos princípios jurídicos. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

CERQUEIRA, M. Várias são as formas de luta. A defesa da Constituição é uma delas. In: FIOCCA, D.; GRAU, E. R. (org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CHEVALLIER, J. *Institutions publiques*. Paris: L.G.D.J, 1996.

CHURCHILL, W. *Churchill: his complete speeches, 1897-1963*. London: Chelsea, 1974.

COHEN, G. The currency of egalitarian justice. *Ethics*, n. 99, Chicago, 1989.

COMA, M. Los principios del estado de derecho y su aplicación a la administración en la constitución. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 87, 1978.

COMPARATO, F. K. Réquiem para uma Constituição. In: FIOCCA, D.; GRAU, E. R. (org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Pesquisa CNI-IBO-PE: avaliação do governo*. Brasília: CNI, 2012.

CORREIA, M. V. C. *Desafios para o controle social: subsídios para capacitação de conselheiros de saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

COSTA, F. D. C. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

COURTIS, C. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COURTIS, C. (org.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: CELS, 2006.

CRAVEN, M. *The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development*. Oxford: Clarendon, 1995.

CRUZ, A. R. S. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no estado democrático de direito. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DALLARI, D. A. Os direitos fundamentais na Constituição brasileira. In: FIOCCA, D.; GRAU, E. R. (org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

DALY, M. *Acesso aos direitos sociais na Europa: relatório do Conselho da Europa*. Lisboa: Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2003.

DEAN, H. The juridification of welfare: strategies of discipline and resistance. In: KJØNSTAD, A.; WILSON, J. V. (org.). *Law, power and poverty*. Bergen: CROP, 1997.

DELFINO, D. M. A Rússia antes da revolução. *História Viva - Grandes Temas*, São Paulo, n. 18, 2007.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO, M. S. Z. Discricionarietà técnica e discricionarietà administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 9, 2007.

DI PIETRO, M. S. Z. Participação popular na administração pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993.

DIAS, E. F. Hegemonia: racionalidade que se faz história. In: DIAS, E. F. *et al.* (org.). *O outro Gramsci*. São Paulo: Xamã, 1996.

DÍAZ, A. O. Castillar la disidencia: el movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico. *Jueces para la democracia*, Madrid, n. 54, 2005.

DÍAZ, E. *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

DÍAZ, E. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Debate, 1984.

DÍAZ, E. Estado de derecho y legitimidad democrática. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (org.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002.

DÍAZ, E. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1975.

DÍAZ, E. *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1971.

DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 8. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

DIMENSTEIN, G. *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Schwarcz, 2006.

DRAIBE, S. Qualidade de vida e reformas de programas sociais: o Brasil no cenário latino-americano. *Lua Nova*, São Paulo, n. 31, 1993.

- DRIVER, S. S. *A declaração de independência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.
- DROMI, J. R. *Constitución, gobierno y control*. Mendoza: Ciudad Argentina, 1983.
- DROMI, J. R. *Introducción al derecho administrativo*. Madrid: Grouz, 1986.
- DUGUIT, L. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*. Paris: F. Alcan, 1922.
- DUVERGER, M. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaire France, 1976.
- DWORKIN, R. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, R. *Is democracy possible here? (principles for a new political debate)*. Princeton: Princeton University, 2006.
- EDELSTEIN, W.; NUNNER-WINKLER, G. (org.). *Moral in Kontext*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- EIDE, A. et al. (org.). *Economic, social and cultural rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1995.
- ENTERRÍA, E. G.; FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1990.
- ENTERRÍA, E. G. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1991.

ENTERRÍA, E. G. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ENTERRÍA, E. G. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

ESPING-ANDERSEN, G. *The three worlds of welfare capitalism*. Princeton: Princeton University, 1998.

FABRE, C. *Social rights under the constitution*. Oxford: Clarendon, 2000.

FAGUNDES, M. S. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FAVELA, J. O. (org.). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupos*. México: UNAM, 2004.

FERNÁNDEZ, E. G.; SOTOMAYOR, C. A. *Democracia y presupuestos participativos*. Barcelona: Icaria, 2003.

FERNÁNDEZ, T. R. Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 76, 1992.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, L. Derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione*. Roma: Laterza, 1990.

FERRAJOLI, L. *Garantismo: una discusión sobre democracia y derecho*. Madrid: Trotta, 2006a.

FERRAJOLI, L. *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006b.

FERRAJOLI, L. *et al. Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ JUNIOR, T. S. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007.

FERREIRA FILHO, M. G. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIGUEIREDO, L. V. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIOCCA, D.; GRAU, E. R. (org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

FISS, O. Grupos y cláusula de igual protección. In: GARGARELLA, R. (org.). *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999.

FISS, O. *The law and it could be*. New York: New York University, 2003.

FLORES, J. H. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: FLORES, J. H. *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

FONTANA, J. *Historia: análisis del pasado y proyecto social*. Barcelona: Crítica, 1982.

FONTES, P. G. *O controle da administração pelo ministério público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FORMOSA, P. All politics must bend its knee before right: Kant on the relation of morals to politics. *Social Theory and Practice*, Charlottesville, 2008. Disponível em: http://findarticles.com/p/articles/mi_hb6395/is_2_34/ai_n31505767/?tag=content;col1. Acesso em: 23 set. 2011.

FRAGA, R. C.; VARGAS, L. A. Greve de servidores públicos: o direito de greve dos servidores públicos após a decisão do Supremo Tribunal Federal. In: THOME, C. F.; SCHWARZ, R. G. (org.). *Direito coletivo do trabalho*: curso de revisão e atualização. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FRAGALE FILHO, R. Nem a lei liberta: a constituição de 1988 e os direitos sociais vinte anos depois. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

FRANÇA, P. G. *Fundamentos constitucionais do controle da regulamentação econômica*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

FRANCO, A. *Pobreza & desenvolvimento local*. Brasília: AED, 2002.

FRASER, N. *Justice Interruptus*. Critical reflections on the “postsocialist” condition. New York: Routledge, 1997.

FREIRE, A. M. P. *La garantía en el estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1997.

FREITAS JÚNIOR, A. R.; ZAPPAROLLI, C. R. *Mediação de conflitos e promoção da cultura da paz*. São Paulo: [s. n.], 2007.

FREITAS, J. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. *In*: BASTOS JUNIOR, L. M.; LEITE, R. B.; LOIS, C. C. (org.). *A constituição como espelho da realidade*. São Paulo: LTr, 2007.

FREITAS, J. Controle dos atos vinculados e discricionários à luz dos princípios fundamentais. *In*: GERMANO, L. P. R.; GIORGIS, J. C. T. (org.). *Lições de direito administrativo: estudos em homenagem a Octavio Germano*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FREITAS, J. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRISCHEISEN, L. C. F. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FULLER, L. *The morality of law*. London-New Haven: Yale University, 1964.

GALLARDO, H. *Política y transformación social: discusión sobre derechos humanos*. Quito: SERPAJ/ Tierra Nueva, 2000.

GANDINI, J. A. D.; BARIONE, S. F.; SOUZA, A. E. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. *In*: SCHWARZ, R. G. (org.). *Direito administrativo contemporâneo*. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GARGARELLA, R. *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2005.

GASCÓN, M. *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

GAZOLA, P. M. *Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GENRO, T. Constituição social e direitos efetivos. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

GENRO, T.; SOUZA, U. *El presupuesto participativo: la experiencia de Porto Alegre*. Buenos Aires: EUDEBA- IEFCTA, 1998.

GERMANO, L. P. R.; GIORGIS, J. C. T. (org.). *Lições de direito administrativo: estudos em homenagem a Octavio Germano*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GIDDENS, A. *Sociology*. Oxford: Polity, 1990.

GODOI, M. S. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

GOMES, J. B. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, R. E.; LOBATO, F. (org.). *Ações afirmativas. Políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

GORDILLO, A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1977.

GORTER, H. *Het imperialisme, de wereldoorlog en de sociaal-democratie*. Amsterdam: Brochurehandel Sociaal-Democratische Partij, 1914.

GOUVÊA, M. M. *O controle judicial das admissões administrativas: novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAHAM, M. A.; VEGA, J. C. (org.). *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 1996.

GRAJEW, O. Responsabilidade social empresarial. In: PINSKY, J. (org.). *Práticas de cidadania*. São Paulo: Contexto, 2004.

GRAMSCI, A. Antonio. *Cadernos do cárcere*. Vol. III. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

GRASSELLI, O. Efetividade judicial de direitos sociais. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

GRAU, A. B. *Derecho del trabajo: un modelo para armar*. Madrid: Trotta, 1991.

GRAU, A. B. *Sindicalismo y derecho sindical*. Madrid: Bomarzo, 2004.

GRAU, E. R. As relações entre os poderes no décimo aniversário da Constituição de 1988. In: FIOCCA, D.; GRAU, E. R. (org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

GRAU, E. R.; BELLUZZO, L. G. M. Direito e mídia, no Brasil. In: FIOCCA, D.; GRAU, E. R. (org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

GRECO, M. A. Solidariedade social e tributação. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

GROETHUYSEN, B. *Philosophie de la révolution française*. Paris: Gallimard, 1956.

GROTTI, D. A. M. A arbitragem e a administração pública. In: GUILHERME, L. F. V. (org.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiuza, 2004.

GUARESCHI, N. *et al.* Problematizando as práticas psicológicas no modo de entender a violência. In: STREY, M. N.; AZAMBUJA, M. P.; JAEGER, F. P. *Violência, gênero e políticas públicas*. Porto Alegre, Edipucrs, 2004.

GUARNIERI, C. Magistratura e política: il caso italiano. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, Siena, n. 1, 1991.

GUASTINI, R. Teoria e dogmatica delle fonti. In: GUASTINI, R. *Trattato de diritto civile e commerciale*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1998.

GURVITCH, G. *L'idée du droit social*. Paris: Sirey, 1932.

GUSTIN, M. B.; DIAS, M. T. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, J. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HABERMAS, J. *Erkenntnis und Interesse*. Frankfurt am Main: Verlag, 1973.

HABERMAS, J. *Faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

HABERMAS, J. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.

HABERMAS, J. *La desobediencia civil, piedra de toque del estado democrático de derecho*. Barcelona: Península, 1994.

HABERMAS, J. *Moralitat und Sittlichkeit. Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?* In: KUHLMANN, W. (org.). *Moralitat und Sittlichkeit: Das Problem Hegels und die Diskursethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986a.

HABERMAS, J. *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*. Buenos Aires: Amorrortu, 1986b.

HABERMAS, J. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.

HALLOWELL, J. H. *The decline of liberalism as an ideology*. With particular reference to german politico-legal thought. London: Kegan Paul, Trench, Trubner, 1946.

HARRINGTON, J. *The commonwealth of Oceana and a system of politics*. Cambridge: J. G. A. Pocock, 1992.

HART, H. M.; SACKS, A. M. *The legal process: basic problems in the making and application of law*. New York: Foundation, 1994.

HART, H. *The concept of law*. Oxford: Clarendon, 1961.

HELD, D. *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza, 1993.

HELLER, H. *Teoría del estado*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2010.

HERRING, R. *The federalist papers by Alexander Hamilton, John Jay and James Medison*. New York: [s. n.], 2005. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=fteKxvysVFoC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 22 set. 2011.

HESSE, K. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1995.

HESSE, K. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIERRO, L. *Estado de derecho*. Problemas actuales. México: Fontamara, 1998.

HIERRO, L. ¿Qué derechos tenemos? *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, n. 23, 2000.

HOBBS, T. *Leviatán*. Madrid: Nacional, 1979.

HÖFLING, E. M. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, Campinas, n. 55, 2001.

HOFMANN, H. *Recht-Politik-Verfassung*. Frankfurt am Main: A. M. Verlag, 1986.

HOFMANN, R. et al. (org.). *Armut und Verfassung. Sozialstaatlichkeit im europäischen Vergleich*. Wien: Verlag Österreich, 1998.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999.

IBÁÑEZ, P. A. *Corrupción y Estado de derecho*. Madrid: Trotta, 1996.

IBGE. *Sinopse do censo demográfico 2010*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2011.

JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer, 1921.

JELLINEK, G. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Milano: Giuffrè, 1912.

JONES, D. *Code of pace: ethics and security in the world of the warlord states*. Chicago: University of Chicago, 1989.

KANT, I. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: KANT, I. *Crítica da razão pura e outros textos*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KELSEN, H. *Esencia y valor de la democracia*. Madrid: Punto Omega, 1977.

KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KEYNES, J. M. *The end of laissez-faire*. Amherst, NY: Prometheus, 2004.

KEYNES, J. M. *The general theory of employment, interest and money*. London: New York: Macmillan-St. Martin's, 1936.

KING, J. The pervasiveness of polycentricity. *Public Law*, London, 2008.

KLIKSBERG, B. *O desafio da exclusão: para uma gestão social eficiente*. São Paulo: FUNDAP, 1997.

KLUXEN, W. Abstrakte Vernunft und konkrete Geschichte. In: BROKKER, M.; NAU, H. (org.). *Ethnozentrismus*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1997.

KRAUSE, C. The right to property. In: EDIE, A. et al. (org.). *Economic, social and cultural rights*. Den Haag: Kluwer Law International, 2003.

KRELL, A. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

KROESCHELL, K. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Hamburg: Westdeutscher Verlag, 2008.

LANGFORD, M. Judging resource availability. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M. *The road to a remedy: current issues in the litigation of economic, social and cultural rights*. Sydney: UNSW, 2005.

LANGFORD, M. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, 2009.

LAPORTA, F. Imperio de la ley y seguridad jurídica. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (org.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002.

LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

LASALLE, F. *Théorie systematique des droits acquis*. Paris: Giard & Brière, 1904.

LASKI, H. *Studies in law and politics*. New Haven: Yale University, 1932.

LEAL, R. G. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LECHNER, N. *La democratización en el contexto de una cultura postmoderna*. Santiago: FLACSO, 1986.

LEDFORD, K. F. *Formalizing the rule of law in Prussia: the Supreme Administrative Law Court, 1876–1914*. Cambridge: Cambridge University, 2004.

LOCKE, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza, 1990.

LOYOLA, M. A. Medicamentos e saúde pública em tempos de Aids: metamorfoses de uma política dependente. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, 2008.

LÓPEZ GUERRA, L. La garantía de la constitución. In: PECES-BARBA, G.; RAMIRO, M. A. (org.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

LÓPEZ, M. C. P. *Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del derecho de trabajo en España (1873-1923)*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

LUÑO, A. P. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

LUÑO, A. P. Seguridad jurídica. In: VALDÉS, E. G.; LAPORTA, F. (org.). *El derecho y la justicia. Enciclopedia iberoamericana de filosofía*. Madrid: Trotta, 1996. v. XI.

MACCORMICK, N. Orden espontáneo e imperio de la ley: algunos problemas. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Madrid, n. 6, 1989.

MACHIAVELLI, N. *Il príncipe*. Milano: Fabbri, 1997.

MAFFINI, R. C. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança): em torno da súmula vinculante n.º 3 do Supremo Tribunal Federal. In: SCHWARZ, R. G. (org.). *Direito administrativo contemporâneo. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MALBERG, C. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Paris: Sirey, 1922.

MANDROU, R. *De la culture populaire aux XVIIe et XVIIIe siècles*. Paris: Stock, 1964.

MANNORI, L.; SORDI, B. Science of administration and administrative law. In: BECCHI, P. et al. (org.). *A history of philosophy of law in the civil law world, 1600-1900*. London-New York: Springer, 2009.

MARGALIT, A. *Politik der Würde: über Achtung und Verachtung*. Berlin: Fischer, 1997.

MARÍN, A. O. *Estado social y crisis económica*. Madrid: Complutense, 1996.

MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 1, 2007.

MARSHALL, T. H. *Americans no more: the death of citizenship*. Boston: Harvard University, 2002.

MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, T. *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza, 1998.

MARSHALL, T. H. *Citizenship and social class, and other essays*. Cambridge: Cambridge University, 1992.

MARTÍN, C. C. *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Madrid: Trotta, 2003.

MARTÍN, C. C. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2002.

MARTÍN, C. C. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MARTÍN, C.; RODRÍGUEZ, D.; GUEVARA, J. *Derecho internacional de los derechos humanos*. México: Fontamara, 2004.

MARTÍN-BARBERO, J. *De los medios a las mediaciones*. Barcelona: Gustavo Gili, 1987.

MARTÍNEZ, G. P.-B. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

MARTÍNEZ, G. P.-B. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid: Eudema, 1988.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MARX, K. *La guerre civile en France*. Paris: Sociales, 1972.

MATTEUCCI, N. *Organizzazione del potere e libertà*. Torino: Utet, 1976.

MATURANA, H.; VARELA, F. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MAXWELL, M. *Morality among nations: an evolutionary view*. Albany: University of New York, 1990.

MEINECKE, F. *Machiavelism: the doctrine of raison d'état and its place in modern history*. London: Routledge and Kegan Paul, 1957.

MELLO, C. A. B. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010-a.

MELLO, C. A. B. Control jurisdiccional de los actos administrativos. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 110, 1986.

MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, C. A. B. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010-b.

MELLO, C. A. B. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009a.

MELLO, C. A. B. Funerais da Constituição de 1988. In: FIOCCA, D.; GRAU, E. R. (org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

MELLO, C. A. B. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009b.

MELLO, O. A. B. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. v. I.

MENDONÇA, E. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário das políticas públicas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENÉNDEZ, I. V. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

MENGER, A. *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*. Tübingen: Laupp, 1890.

MENGER, A. *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*. Stuttgart-Berlin: Cotta, 1886.

MESSEDER, A. M.; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S.; LUIZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do estado do Rio de Janeiro. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, 2005.

MÉSZÁROS, I. *A educação para além do capital*. São Paulo: Boitempo, 2005.

MIGNOLO, W. *Histórias locais, projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Belo Horizonte, UFMG, 2003.

MIGUEL, A. R. Concepciones de la igualdad y justicia distributiva. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (org.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002.

MILLER, J. C. *Origins of the american revolution*. Boston: Little, Brown and Company, 1943.

MIRAVET, P. El ingreso ciudadano. In: ABRAMOVICH, V.; AÑÓN, M. J.; COURTIS, C. (org.). *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2003.

MISRHA, R. *The welfare state in crisis: social thought and social change*. Brighton: Hervaster, 1984.

MOHL, R. *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Tübingen: Adamant, 2005.

MONTESQUIEU, C. *Oeuvres complètes*. Paris: Gallimard, 1951.

MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

MORAES, M. C. B. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, I. W. (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORAES, M. C. B. O princípio da solidariedade. MATOS, A. C. H. *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

MORALES, J. R. La globalización como proceso de universalización de un modelo económico. *Cuaderno de Materiales*, Madrid, 2001. Disponible em: <http://www.geocities.com/CapitolHill/3103/Globalizacion.htm>. Acesso em: 30 nov. 2008.

MORESO, J. J. Sobre el alcance del precompromiso. *Discusiones*, Bahía Blanca, n. 1, 2000.

NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Observación general n.º 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a una vivienda adecuada*. 2001. Disponible em: http://www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs25_sp.htm. Acesso em: 10 out. 2007.

NAVARRO, E. La reflexión sociológica sobre la legitimidad. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (org.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002.

NEVES, A. C. *Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

NINO, C. S. *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel, 1984.

O'CONNOR, J. *A crise do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

- O'DONELL, G. Teoría democrática y política comparada. *Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales*, Buenos Aires, n. 39, 2000.
- OLIVEIRA, M. V. *Previdência social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.
- ORTEGA, M. S. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.
- ORTIZ, E. O. *La vía de hecho y la jurisdicción contencioso-administrativa*. San José: LIL, 1993.
- PANNEKOEK, A. *Critica del bolchevismo*. Barcelona: Anagrama, 1976.
- PANNEKOEK, A. *Workers' councils*. Oakland: AK, 2003.
- PAPACCHINI, A. *Filosofía y derechos humanos*. Cali: Universidad del Valle, 2005.
- PARETO, V. *Trattato di sociologia generale*. Torino: UTET, 1988.
- PARIENTE, A. *La separation des pouvoirs: theorie contestee et pratique renouvelee*. Paris : Dalloz, 2006.
- PASTOR, J. A. S. *Principios de derecho administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- PECES-BARBA, G. La cultura jurídico-política de la constitución de 1978. In: PECES-BARBA, G.; RAMIRO, M. A. (org.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PECES-BARBA, G. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2005.

PEREIRA, F. H. U.; DIAS, M. T. F. *Cidadania e inclusão social*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PÉREZ, J. G. *Administración pública y libertad*. México: UNAM, 1971.

PÉREZ, J. G. Nuevos sistemas de control de la administración pública. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 22, 1979.

PICÓ, J. *Teorías sobre el estado del bienestar*. 2. ed. Madrid: Siglo XXI, 1990.

PIOVESAN, F. Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional. In: GOMES, E. B.; REIS, T. H. (org.). *O direito constitucional internacional após a Emenda 45/04 e os direitos fundamentais*. São Paulo: Lex, 2007.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIRES, L. M. F. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PIRES, V.; TIBALI, L. R.; SOUZA, M. C. *Transparência orçamentária municipal via web (TOM Web) após a Lei Complementar 131/09: os casos da região administrativa central do estado de São Paulo*. In: ENCONTRO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNANÇA DA ANPAD, 2010, Vitória. *Anais* [...] Vitória: ANPAD, 2010.

PISARELLO, G. El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia. In: ABRAMOVICH, V.; AÑÓN, M. J.; COURTIS, C. (org.). *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2003.

PISARELLO, G. Las afinidades constitucionales de Habermas. *Jueces para la Democracia*, Madrid, n. 39, 2000.

PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007.

PLATÃO. *Platón: obras completas*. Madrid: Medina y Navarro, 1872.

POLANYI, C. *La gran transformación: crítica del liberalismo económico*. Madrid: La Piqueta, 1998.

PORTILLA, K. P. *Principio de igualdad: alcance y perspectivas*. México: UNAM-Conapred, 2005.

POSNER, R. A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PRIETO, H. V. *La estrategia del diálogo social: de la concentración al reparto del poder decisorio en las relaciones laborales*. San José: Oficina Internacional del Trabajo, 2002.

PRIETO, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

PRIETO, L. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Derechos y Libertades*, Madrid, n. 8, 2000.

- PRZEWORSKI, A. *Capitalismo e social-democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- PULIDO, C. B. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- PULIDO, C. B. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. *Discusiones*, Bahía Blanca, n. 4, 2004.
- RAMOS, E. S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAMOS, J. *La teoría dualista de los derechos fundamentales*. Tepic: Lorem Ipsum, 2006.
- RANGEL, J. A. T. *El Derecho como arma de liberación en América Latina*. San Luis Potosí: Facultad de Derecho de San Luis Potosí, 2006.
- RAWLS, J. *A theory of justice*. Oxford: Oxford University, 1980.
- RAWLS, J. *Political liberalism*. New York: Columbia University, 1993.
- RAZ, J. *The authority of law: essays on law and morality*. New York: Clarendon, 1979.
- REBOLLO, L. M. La justicia administrativa ante el texto constitucional. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 19, 1978.
- REIS, J. R. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: LEAL, R. G; REIS, J. R. (org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

RESTA, E. *Il diritto fraterno*. 3. ed. Roma: Laterza, 2005.

REVORIO, F. J. D. *La constitución como orden abierto*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

RIOS, R. R. Respostas jurídicas frente à epidemia de HIV/Aids no Brasil. *CEBES*, Rio de Janeiro, n. 27, 2003.

RITTER, G. A. *Storia dello stato sociale*. 2. ed. Roma: Laterza, 1999.

RIVERO, J. *Les libertés publiques*. Paris: PUF, 1973.

ROCHA, C. L. A. Constituição e ordem econômica. In: FIOCCA, D.; GRAU, E. R. (org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

ROCHA, S. L. F. Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. In: SPARAPANI, P.; ADRI, R. P. (org.). *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao professor Celso Antonio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ROCHA, S. L. F. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

RODRÍGUEZ, J. F. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Civitas, 1998.

ROIG, M. J. A. Elementos para una teoría de los derechos sociales en construcción. In: SCHWARZ, R. G. (org.). *Direito administrativo contemporâneo*. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ROMAN, D. *Le droit public face à la pauvreté*. Paris: LGDJ, 2002.

ROQUE, S. J. *História do direito*. São Paulo: Ícone, 2007.

ROSS, A. *Direito e justiça*. Bauru: EDIPRO, 2000.

ROUSSEAU, J.-J. *Le contrat social*. Paris: Armand Colin, 1962.

RÜHLE, O. *Die Seele des proletarischen Kindes*. Dresden: Verlag am andern Ufer, 1925.

SABBAG, C. *Orçamento e desenvolvimento – recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas públicas desenvolvimentistas*. São Paulo: Millennium, 2006.

SADEK, M. T. (org.). *Reforma do poder judiciário*. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001.

SAID, E. *Cultura e imperialismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SANTOS, B. S. *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003.

SANTOS, B. S. Os processos da globalização. In: SANTOS, B. S. (org.). *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005a.

SANTOS, B. S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005b.

SANTOS, B. S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 30, 1996.

SANTOS, R. L. Ação coletiva. In: SCHWARZ, R. G. (org.). *Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e de direito previdenciário aplicado ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012a.

SANTOS, R. L. *Sindicatos e ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012b.

SARAT, A.; SCHEINGOLD, S. *Cause lawyering: political commitments and professional responsibilities*. New York: Oxford University, 1998.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, I. W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Interesse Público*, São Paulo, n. 12, 2001.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, I. W. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na constituição federal de 1988: algumas aproximações. In: MATOS, A. C. H. (org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

SARLET, I. W. O direito fundamental à moradia na constituição. In: SAMPAIO, J. A. L. (org.). *Crise e desafios da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHEFFER, M.; SALAZAR, A. L.; GROU, K. B. *O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

SCHEININ, M. Direct applicability of economic, social and cultural rights: a critique of the doctrine of self-executing treaties. *In: SCHEININ, M. Social rights as human rights: a european challenge.* Äbo: Äbo Akademi University, 1994.

SCHMIDT, J. P. *Gestão de políticas públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista.* Santa Cruz do Sul: [s. n.], 2007.

SCHMIDT, P. L.; SALOMÃO, M. F. El papel del poder judicial em el consenso de Pekín. *Revista de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo*, São Paulo, n. 8, 2012.

SCHMIDT-ASSMAN, E. *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung un der Historismus.* Berlin: Duncker & Humblot, 1967.

SCHIMITT, C. *Der hüter der Verfassung.* Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

SCHWARTZ, B. *A history of the Supreme Court.* New York: Oxford University, 1995.

SCHWARZ, R. G. O sistema de seguridade social e o princípio da solidariedade. *In: BARROSO, L. R.; CLÈVE, C. M. (org.). Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social.* São Paulo: RT, 2011.

SEJERSTEDT, F. Democracy and the rule of law: some historical experiences of contradictions in the striving for good government. *In: ELSTER, J.; GLADSTADT, R. (org.). Constitutionalism and democracy: studies in rationality and social change.* Cambridge: Cambridge University, 1993.

SEN, A. *Desarrollo y libertad.* México: Planeta, 2000.

SEN, A. *El valor de la democracia*. Barcelona: Cultural, 2006.

SEN, A. *Poverty and famines: an essay on entitlements and deprivation*. Oxford: Clarendon, 1982.

SERGE, V. *O ano I da revolução russa*. São Paulo: Ensaio, 1993.

SHUE, H. *Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*. New Jersey: Princeton University, 1980.

SILVA, J. A. A Constituição e a estrutura de poderes. In: FIOCCA, D.; GRAU, E. R. (org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, L. P. P. A irreversibilidade dos direitos sociais. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, R. M. (org.). *Derecho internacional de los derechos humanos*. México: UNAM, 2002.

SKINNER, Q. *The foundations of modern political thought: the renaissance*. Cambridge: Cambridge University, 1978.

SMENDE, R. *Verfassung und Verfassungsrecht, Staatrechtliche Abhandlungen und andere*. 2. ed. Berlin: Aufsätze, 1968.

SMITH, A. *Lectures on justice, police, revenue and arms*. Whitefish: Kessinger, 2004.

SMITH, R. M. *Liberalism and American Constitutional Law*. Cambridge-London: Harvard University, 1980.

SOUZA NETO, C. P. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

STERETT, S. Judicial review in Britain. *Comparative Political Studies*, Thousand Oaks, n. 26, 1994.

STONE, A. Judging socialist reform. *Comparative Political Studies*, Washington, n. 26, 1994.

STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUNSTEIN, C. *Designing democracy*. Oxford: Oxford University, 2001.

SÜSSEKIND, A. Os direitos constitucionais trabalhistas. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

SZWARCWALD, C. L. *et al.* Pesquisa Mundial de Saúde 2003: o Brasil em números. *Revista Radis*, Rio de Janeiro, v. 23, 2004.

TAKOI, S. M. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. In: BARROSO, L. R.; CLÈVE, C. M. *Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THIERRY, H. *et al. Droit international public*. Paris: Montchrestien, 1986.

THOME, C. F. *O princípio da igualdade em gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores*. 2012 Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

THOMPSON, E. *The making of the english working class*. 3. ed. Harmondsworth: Penguin, 1980.

THUROW, L. *El futuro del capitalismo*. Barcelona: Ariel, 1996.

TOCQUEVILLE, A. *A emancipação dos escravos*. Campinas: Papirus, 1994-a.

TOCQUEVILLE, A. *Recuerdos de la revolución de 1848*. Madrid: Trotta, 1994-b.

TORRAZZA, J. Z. Inmigración y prácticas sociales discriminatorias. In: BERGALLI, R. (org.). *Flujos migratorios y su (des)control*. Barcelona: Anthropos, 2006.

TORRE, H. M. G. *Derechos humanos: dignidad y conflicto*. México: Universidad Interamericana, 1996.

TORRES, R. L. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

UGARTEMENDIA, J. I. *La desobediencia civil en el estado constitucional democrático*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

ULRICH, P. *Integrative Wirtschaftsethik*. Berna: Haupt, 1998.

UNITED NATIONS. UNICEF. *Adjustment with a human face: protecting the vulnerable and promoting growth*. Oxford: Clarendon, 1989.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner for Human Rights. *General comment 3: the nature of states parties obligations*. Oxford: Oxford University, 1990.

UPRIMNY, R. Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, Bogotá, n. 12, 2001.

VAN GEUNS, H. A. The concept of organized violence. In: VAN GEUNS, H. A. *Health hazards of organized violence*. Haya: Ministry of Welfare, Health and Culture Affairs, 1987.

VARGAS, A. *Governabilidade e governação: novas formas de legitimação*. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 7., 2002, Lisboa. [*Anais*] [...] Lisboa: CLAD, 2002.

VEHERVARY, J.; STANGL, W. *Menschenrecht und Staatsgewalt*. Wien: WUV Universitätsverlag, 2000.

VENTURA, M. As estratégias de promoção e garantia dos direitos das pessoas que vivem com HIV/Aids. *Divulgação em Saúde para Debate*, Rio de Janeiro, n. 27, 2003.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B. Entre princípios e regras (cinco estudos de caso de ação civil pública). *Cadernos CEDES-IUPERJ*, Rio de Janeiro, 2005.

VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, 2007.

VILLASANTE, T.; GARRIDO, F. J. (org.). *Metodologías y presupuestos participativos: construyendo ciudadanía*. Madrid: Cimas-IEPALA, 2002.

VILLORO, L. Aproximaciones a una ética de la cultura. In: OLIVÉ, L. (coord.). *Ética y diversidad cultural*. México: UNAM-FCE, 1993.

VIROLI, M. The revolution in the concept of politics. *Political Theory*, Thousand Oaks, v. XX, n. 3, 1992.

VITA, E. C. Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la administración. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 17, 1978.

VUOLO, R. et al. *La pobreza... de la política contra la pobreza*. Buenos Aires: CIEPP, 2004.

WADE, H. R. *Administrative law*. 6. ed. Oxford: Clarendon, 1992.

WALDRON, J. (org.). *Nonsense upon stilts: Bentham, Burke and Marx on the rights of man*. London: Methuen, 1987.

WALDRON, J. *The right to private property*. Oxford: Clarendon, 1990.

WARAT, L. *Fobia al estado de derecho*. In: CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E MISSÕES, 1994, Santiago. *Anais* [...] Santiago: URI, 1994.

WAYNE, W. Two faces of judicial activism. *George Washington Law Review*, n. 1, Washington, 1992.

WEBER, M. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.

WIEÄCKER, F. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1980.

WIESE, B. *La cultura de la ilustración*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

WROE, A. Separation of powers. In: CLARKE, P. B.; FOWERAKER, J. (org.). *Encyclopedia of democratic thought*. London: Routledge, 2001.

YAMASHITA, D. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

ZAGREBLESKY, G. *Derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2005.

ZAMBRANO, M. *Filosofía y poesía*. México: FCE, 1996.

ZAMBRANO, M. *Pensamiento y poesía en la vida española*. México: FCE, 2008.

ZAVASCKI, T. A. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ZEPEDA, J. R. *Estado de derecho y democracia*. México: Instituto Federal Electoral, 1996.

ZIPPELIUS, R. *Allgemeine Staatslehre*. München: C. H. Beck, 1999.

ZIPPELIUS, R. *Teoria geral do estado*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.