

Comentarios

La protección internacional y constitucional de los derechos sociales

Jesús M. Casal H.
pp. 455-470

1. Introducción

El tema, pese a no ser novedoso, ha adquirido gran actualidad en la discusión constitucional y, en materia de derechos humanos, apunta al alcance y a las modalidades de la protección jurídica de los llamados derechos sociales. Su presencia en el debate científico, e incluso político, ha estado animada por factores diversos. En el derecho internacional de los derechos humanos se han dado pasos significativos para reconocer las dimensiones de su operatividad y se observa una aproximación entre las formas de tutela de los derechos civiles y políticos y las de los derechos económicos, sociales y culturales. En la esfera de la integración europea, la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea estimuló la reflexión en torno a los perfiles jurídicos de los derechos sociales y puso de relieve las resistencias a la aceptación de esta categoría de derechos, lo cual no impidió la proclamación de algunos de ellos, en dicha Carta. En el plano constitucional se han producido avances importantes, sobre todo de orden jurisprudencial, a la vez que surgen ocasionalmente ciertas reservas para admitir todas sus virtualidades jurídicas.

El objeto de este trabajo no es examinar de manera global y sistemática esta categoría de derechos, sino abordar ciertas cuestiones fundamentales para su estudio y destacar algunos de los aportes del derecho internacional y del derecho constitucional para proteger estos derechos. Nos referiremos, igualmente, a las principales reservas a la tutela jurídica, sobre todo judicial, de estos derechos que, algunas veces, se han visto reflejadas en la jurisprudencia constitucional. Así, pues, intentaremos responder las siguientes preguntas: ¿qué suele entenderse por derechos sociales?, ¿pueden considerarse verdaderos derechos? En caso afirmativo, ¿son una categoría de derechos separable tajantemente de la de los derechos civiles y políticos?, ¿son derechos justiciables? Concluiremos con algunas reflexiones sobre

las perspectivas de la protección internacional y constitucional de los derechos sociales.

2. ¿Qué suele entenderse por derechos sociales?

La denominación derechos sociales surgió para referirse a derechos constitucionales, pretendidamente contrapuestos a los derechos clásicos de libertad, a menudo llamados derechos individuales¹. La primera oleada, en la evolución de los derechos humanos, como concepto moderno, estuvo vinculada al individualismo racionalista, propio de la filosofía de la ilustración, el cual repercutió en las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII. Tanto la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), inscrita en la revolución francesa, como las declaraciones propias de la revolución americana (1776), se fundaron, en teoría, en la idea de los derechos naturales de la persona. Pese a los matices, nada despreciables, en cuanto al contenido de las declaraciones de uno y otro lado del Atlántico, todas ellas se apoyaron en una visión abstracta de la persona, la cual prescindía de las relaciones, las necesidades y las realidades sociales, en las cuales se encuentra inmersa. El derecho a la libertad, a la propiedad y a la seguridad en el disfrute de la vida y de los bienes, junto a una concepción puramente formal de la igualdad, dominaba el catálogo de derechos.

La segunda oleada de derechos, en cambio, estuvo vinculada a las revoluciones europeas de contenido social de mediados del siglo XIX, las cuales incentivaron un debate político y científico sobre las desigualdades. Este debate desembocó en la preocupación por la llamada cuestión social, acompañada de movimientos orientados a garantizar los derechos de los trabajadores y los sindicatos emergentes. Ello cristalizaría jurídicamente en la Cons-

titución alemana de 1919. Con anticipación, en el contexto de la revolución mexicana y con el acento en la protección del campesinado, los derechos sociales habían irrumpido en la Constitución de México de 1917².

Esta segunda corriente de los derechos fundamentales de la persona no pretendía desplazar, sino enriquecer a la anterior. Por eso, evitamos la alusión a generaciones de derechos humanos, pues esta expresión sugiere la superación o relevo de una categoría de derechos por otra, lo cual no ha ocurrido. Los denominados derechos individuales siguen siendo derechos inherentes a la persona, y el aseguramiento de su vigencia merece tanta atención como la de los derechos sociales o la de las ulteriores oleadas de derechos. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos sociales implicaba asumir una perspectiva distinta, al analizar el conjunto de los derechos humanos, liberada del individualismo y la abstracción típicas de las primeras declaraciones, lo cual tuvo incidencia en la definición del modelo constitucional del Estado, ahora caracterizado como Estado social de derecho.

En el plano internacional, la distinción entre los derechos civiles y políticos y los sociales quedó reflejada, en 1966, en la adopción, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de dos pactos internacionales generales, en materia de derechos humanos: uno relativo a los derechos civiles y políticos, y otro concerniente a los derechos económicos, sociales y culturales³. Adicionalmente, los medios y criterios previstos para la garantía de cada grupo de derechos fueron diferentes, pues el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue acompañado por un Protocolo Facultativo, que contempló la presentación de quejas individuales ante la instancia internacional de protección,

1. Ver Gregorio Peces-Barba, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 1999, pp. 7 y ss.; Carlos Bidegain y otros, *Curso de derecho constitucional*, T. V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 31 y ss.
2. Bajo unas coordenadas filosóficas diferentes, tales derechos estuvieron también presentes en la revolución soviética de octubre de 1917.
3. Al respecto, ver Gros Espiell, *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, IIDH-Civitas, 1988, pp. 323 y ss.

creada por dicho pacto, el Comité de Derechos Humanos, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sólo estableció un sistema de presentación y revisión de informes sucesivos e introdujo el criterio de la realización progresiva de los derechos consagrados, hasta el máximo de los recursos disponibles. Esta dualidad de instrumentos, y de criterios y mecanismos de tutela, propició, junto a factores ideológicos, un alejamiento entre las dos categorías de derechos, que la misma comunidad internacional se encargaría de contrarrestar.

En numerosos documentos internacionales han sido subrayadas la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. No cabe establecer jerarquía entre las dos categorías de derechos, ni sacrificar una de ellas para satisfacer la otra. Ambas son ramificaciones de un mismo tronco filosófico-jurídico, que descansa en la idea de proteger los derechos derivados de la dignidad de la persona y que le son inherentes. En tal sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 32/130 del 16 de diciembre de 1977, declaró que:

- a) Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales;
- b) 'La plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible; la consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas

nacionales e internacionales de desarrollo económico y social', como se reconoce en la Proclamación de Teherán de 1968.

Hoy, es innegable la unidad del concepto de derechos humanos y, por lo tanto, la interdependencia e indivisibilidad entre estos derechos, reiterada en 1993, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena. Pero sin perjuicio de esta unidad, la diferenciación entre esas dos grandes categorías de derechos se mantiene y la denominación de derechos sociales se emplea con frecuencia para referirse al conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales, por la relación de estos con ciertas necesidades sociales o con la proyección social de la acción humana, en el ámbito laboral, cultural o científico⁴.

3. ¿Pueden considerarse verdaderos derechos?

Algunos autores han puesto en duda el carácter de verdaderos derechos de los denominados derechos sociales. En algunas ocasiones, han sido calificados como derechos imposibles o derechos sobre el papel⁵, o se ha sostenido que su configuración como auténticos derechos depende del desarrollo legislativo⁶. Pero la evolución del pensamiento constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos los perfila claramente como derechos.

El punto central que ha suscitado algunas reticencias ante su proclamación como derechos, estriba en la faceta de prestación que predomina en ellos. Se ha estimado que como muchos de esos derechos consisten en la facultad de exigir ciertos bienes, prestaciones o servicios de los poderes públicos, su satisfacción no podría, en rigor, ser garantizada jurídicamente, como ocurre con los derechos

4. Ver, entre otros, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
5. Riccardo Guastini, "'Derechos', una contribución analítica", en Sauca, José M. (Coord.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1994, pp. 133 y ss.
6. Konrad Hesse, "Significado de los derechos fundamentales", en Benda y otros, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 95 y ss.

de libertad, que se traducen en deberes de abstención para el Estado. Sin embargo, ya es admitido por la generalidad que esta dimensión de prestación no es exclusiva de los llamados derechos sociales, por cuanto también los derechos individuales o de libertad poseen esas facetas. Piénsese en un derecho clásico como el de la tutela judicial y la defensa, plasmado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuya efectividad obliga a la creación, mantenimiento y adecuada organización de una estructura judicial de amplio alcance. Más en concreto, nótese cómo este derecho exige proporcionar al imputado un defensor de oficio, en materia penal, cuando aquel no esté en capacidad de pagar un abogado privado.

Por otro lado, dentro de declaraciones constitucionales de derechos, reacias a la admisión de derechos sociales, como el catálogo de derechos de la ley fundamental alemana de 1949, se encuentran derechos que encajan en la categoría de los derechos prestacionales, como lo demuestra el Artículo 6.4 de esta Constitución, según el cual “Toda madre tiene derecho a la protección y a la asistencia por parte de la comunidad”. El carácter predominantemente prestacional de esta norma no ha sido obstáculo para que la doctrina lo considere un verdadero derecho fundamental⁷.

Es interesante observar que en otros ordenamientos constitucionales, resistentes a reconocer derechos sociales, se ha sostenido que la postergación de algunos de ellos, derivada de su proclamación como simples principios rectores de la política económica y social, no obedece a razones técnicas o lógi-

cas, sino a una decisión política del constituyente⁸. Adicionalmente, las más recientes posiciones de la doctrina jurídica, en Europa y América, apuntan a la consolidación de su carácter de verdaderos derechos. Baste citar a autores como Robert Alexy⁹, Martin Borowski¹⁰, Luigi Ferrajoli¹¹, Víctor Abramovich y Christian Courtis¹² para comprobar esta aseveración. Los esfuerzos de la moderna dogmática de los derechos fundamentales se centran, justamente, en diseñar parámetros jurídicos adecuados para esta categoría de derechos, que ofrecen tan sólo peculiaridades en cuanto a su estructura normativa y a la forma de hacerse operativos. Todo ello se inscribe dentro de lo que Alexy y Ferrajoli han denominado la construcción de un modelo de derechos sociales.

En favor de su tratamiento como derechos se encuentran, además, los respectivos tratados internacionales sobre derechos humanos. Son de alcance general, en cuanto al contenido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en el ámbito interamericano, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que consagra derechos no proclamados en el pacto, como el derecho al ambiente sano, y contempla la presentación de quejas o peticiones individuales ante el sistema interamericano, en caso de violación de derechos sindicales o del derecho a la educación (Art. 19. 6)¹³.

La progresión que caracteriza al régimen jurídico internacional de estos derechos, que obliga al Estado a satisfacerlos de manera

7. Michael Sachs, *Verfassungsrecht II, Grundrechte*, Berlín-Heidelberg-New York, Springer, 2002, p. 41.

8. Cfr. Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 190.

9. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 494 y ss.

10. Martin Borowski, “Grundrechtliche Leistungsrechte”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 50, 2002, pp. 301 a 329.

11. *Vid.* su prólogo a la obra de Abramovich y Courtis, ya citada.

12. Abramovich y Courtis, *op. cit.*

13. Con base en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya se ha admitido la presentación de peticiones individuales en relación con derechos económicos, sociales y culturales, criterio que no debería ser abandonado ni restringido por lo dispuesto en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, que impone su aceptación respecto de sólo dos derechos sociales, lo cual no excluye la interpre-

creciente, hasta el máximo de los recursos disponibles, no es óbice para su reconocimiento como tales derechos. En primer lugar, porque existen mecanismos internacionales que permiten medir el cumplimiento de este deber de satisfacción progresiva de los derechos. En segundo lugar, porque dentro del ámbito de los recursos disponibles hay un arsenal de instrumentos jurídicos y judiciales que deben estar al alcance de los individuos y de las comunidades para asegurar la efectividad de estos derechos. Y, en tercer lugar, porque los derechos económicos, sociales y culturales imponen una serie de obligaciones de inmediata observancia para el Estado, no condicionadas por la progresión y la disponibilidad de recursos, obligaciones derivadas del deber de respeto y garantía de los derechos humanos, que prohíbe a los poderes públicos realizar acciones lesivas para los derechos consagrados o incurrir en omisión o negligencia en su protección, ante amenazas de terceros. Está igualmente excluida la adopción de medidas discriminatorias, en relación con el disfrute de tales derechos.

Conviene insistir en la afirmación de que un conjunto de obligaciones asumidas por los Estados, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, es exigible de manera inmediata y plena, pues no cabe invocar la progresión o la insuficiencia de recursos para justificar actos de los poderes públicos dirigidos, por ejemplo, a destruir el medio ambiente, a infligir daños a la salud de las personas o a despojarlas arbitrariamente de sus viviendas, como tampoco para excusar la falta de adopción de medidas de control sanitario de ciertos alimentos o medicamentos o la ausencia de disposiciones legales que garanticen la seguridad e higiene en el trabajo, la limitación de la jornada laboral, o el descanso y las vacaciones del trabajador.

En todos los aspectos mencionados, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de Naciones Unidas para velar por la vigencia de tales derechos, ha establecido criterios relevantes. En el mismo sentido, son dignos de mención los Principios de Limburgo y los Principios de Maastricht, fruto de encuentros internacionales entre expertos, los cuales han hallado eco en los pronunciamientos del citado Comité. Uno de los aportes del Comité y de los Principios mencionados ha sido precisar un contenido mínimo que los Estados deben asegurar en el goce de determinados derechos sociales¹⁴.

Una corriente doctrinal afirma que la mayoría de los llamados derechos sociales serían, en realidad, determinaciones de los fines del Estado o principios rectores de la política económica o social. Esta posición merece varias objeciones. La principal consiste en que la extensión normativa de las determinaciones de los fines del Estado o de los principios rectores de la política económica o social, depende de la configuración constitucional concreta adoptada en un ordenamiento jurídico, y no de una razón dogmática o de un principio jurídico de alcance general. La fórmula *determinación de los fines del Estado* ha sido acuñada por la doctrina alemana, en el marco de una Constitución muy cautelosa, en la consagración de derechos constitucionales y, en particular, poco inclinada al reconocimiento de derechos fundamentales prestacionales. Muchas de las facultades subjetivas comprendidas por instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se corresponden con ciertos mandatos o metas constitucionales, son así desplazadas al plano puramente objetivo de las determinaciones de los fines del Estado. Algo similar

tación del artículo 26 de la Convención realizada por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver, a título de ejemplo, el caso "Cinco pensionistas' vs. Perú", sentencia del 28 de febrero de 2003; ver también Luz Patricia Mejía, "Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Un acercamiento", en *Curso sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Caracas, CDH-UCAB, 2005, Unidad VIII, pp. 6 y ss.

14. Al respecto *vid.* Abramovich y Courtis, *op. cit.*, pp. 89 y ss.

ocurre con la Constitución española, que enuncia los *principios rectores de la política económica o social* como una categoría tajantemente separada de los derechos constitucionales.

Pero esta distinción que, en la experiencia jurisprudencial, se ha mostrado más relativa y permeable de lo que sugerirían sus términos¹⁵, responde a coordenadas normativas que no pueden extrapolarse de manera acrítica. Ciertamente, dentro de una Constitución es posible hallar determinación de los fines del Estado, o principios rectores de la política económica o social, incluso dentro del título o capítulo dedicado a los derechos de la persona, pero nada impide que lo que en un texto constitucional está configurado como principio rector, ostente, en otra Constitución, el carácter de derecho social fundamental.

Reconocida la condición de derechos humanos, fundamentales o constitucionales, de los derechos sociales, conviene preguntarse si son una categoría de derechos separable tajantemente de la de los derechos de libertad o derechos civiles y políticos.

4. ¿Son una categoría de derechos separable tajantemente de la de los derechos civiles y políticos?

Por lo general, se piensa, tal como ya apuntamos, que los derechos sociales se distinguen de los derechos de libertad o de los derechos civiles y políticos en que su contenido consistiría en una prestación a cargo del Estado. De ahí que a menudo se les denomine derechos prestacionales. Mientras que los derechos civiles y políticos se traducirían en deberes de abstención de las autoridades. Esta distinción es apropiada si es asumida, de manera flexible, como expresión de una tendencia o un rasgo preponderante dentro de cada grupo de derechos, que fundamenta una clasificación. Pero es inexacta si es concebida rígida o dogmáticamente, pues las facetas

prestacionales de los derechos civiles y políticos son múltiples y existen, por otro lado, dentro de los derechos sociales, algunos que, por su estructura, se corresponden con los derechos de libertad. Lo primero ha quedado ya evidenciado, en el caso del derecho de la tutela judicial y de la defensa, pero es aplicable a otros derechos de la misma clase, dado que el Estado no sólo debe respetarlos, absteniéndose de violarlos, sino que también debe garantizarlos, dictando medidas legislativas y de otra índole para asegurar su vigencia. Lo segundo se aprecia de forma nítida en el supuesto de derechos como la libertad sindical, el derecho a la huelga, la libertad de elección en materia educativa, la libertad de establecer centros educativos y la libertad científica, que se perfilan preponderantemente como libertades-abstención, pese a ser incluidos, por lo común, dentro de los derechos sociales y estar consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los intentos por escindir la categoría de los derechos civiles y políticos de la de los derechos sociales se tornan peligrosos, cuando pretenden extraerse consecuencias en el plano de la amplitud de la tutela jurídica. Ello sucede cuando se afirma que los derechos sociales o prestacionales tendrían una fuerza jurídica limitada, para lo cual con frecuencia se acude al argumento de que su disfrute supone previsiones presupuestarias, que no siempre pueden ser garantizadas.

Este enfoque no es convincente, pues también en las declaraciones tradicionales de derechos hallamos normas de contenido básicamente prestacional, como el citado artículo 6.4 de la ley fundamental alemana, y los derechos de libertad poseen dimensiones prestacionales, lo cual comporta previsiones y erogaciones presupuestarias que nunca han sido invocadas para negar su condición de derechos. Piénsese, además, que el control

15. Así, en 1994, se incorporó en la Constitución alemana un precepto relativo a la protección del ambiente, con la cualidad de norma definitoria de los fines del Estado y no de derecho fundamental. Pero la jurisprudencia constitucional ha amparado ciertos contenidos del derecho al ambiente sano, por su conexión con el derecho a la vida. *Cfr.* Sachs, *op. cit.*, pp. 208-209 y 211.

jurídico de la actuación de los poderes públicos con fundamento en los derechos humanos puede tener consecuencias económicas, incluso en el ámbito de los derechos clásicos. Al respecto es bastante ilustrativa la jurisprudencia constitucional comparada, que ofrece numerosos ejemplos de sentencias con implicaciones presupuestarias importantes, relacionadas con la protección del derecho a la igualdad¹⁶.

En el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, una muestra de la relatividad de la distinción objeto de análisis se encuentra en la consagración, dentro de los derechos civiles y políticos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del derecho de los niños a recibir protección del Estado, el cual tiene un marcado carácter social (Art. 19)¹⁷. Así, al aplicarlo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que:

En el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños¹⁸.

Por otra parte, no debe ignorarse que, en materia de derechos sociales, la carga económica, originada en una sentencia, con frecuencia recae sobre otro particular y no sobre el Estado. Muestra de ello es el fallo dictado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en relación con los cré-

ditos indexados, que ha obligado a las entidades bancarias a imputar al capital adeudado por los deudores hipotecarios las sumas percibidas a título de intereses, por encima de lo que, a la postre, fue considerado lícito.

Esto no implica negar los matices diferenciadores que subsisten entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Desde la óptica de su estructura normativa, los segundos son preponderantemente derechos prestacionales, por lo que facultan al titular a requerir bienes, servicios u otras prestaciones públicas, mientras que los primeros representan, por lo general, derechos de libertad o de defensa, por cuanto se refieren a acciones de los particulares, cuyo ejercicio, en principio, no debe ser coartado por las autoridades, o a esferas de la vida en las cuales, en principio, no se admite la intromisión estatal. Los primeros pueden poseer facetas prestacionales y los segundos facetas de libertad-abstención o de defensa. Pero esto no basta para negar la existencia de un centro de gravedad o factor predominante en el contenido de un derecho, que brinde sustento a la distinción. Adicionalmente, la idea de la progresión y la disponibilidad de recursos pesa mucho más en lo que concierne a los derechos sociales que frente a otros derechos, lo cual explica la precisión efectuada por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por el Protocolo de San Salvador. Así, no es lo mismo asegurar el derecho al trabajo, a una vivienda digna o a la alimentación, que proteger el derecho a la libertad de la persona, ante detenciones arbitrarias, o consagrar la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

En resumen, si bien existen ciertos matices o rasgos distintivos entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos,

16. Ver Markus González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

17. Cfr. Héctor Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, San José, IIDH, 1999, p. 79.

18. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay", sentencia del 2 de septiembre de 2004, párrafo 149.

sociales y culturales, relativos a su estructura normativa y a la manera de hacerlos operativos, no hay diferencias de esencia entre ellos, que atenten contra la unidad del concepto de derecho y contra la idea de derechos humanos. Cada una de estas categorías de derechos carecen interiormente, por lo demás, de la homogeneidad que la clasificación general parece sugerir.

5. ¿Son derechos justiciables?

Donde el debate en torno al reconocimiento de derechos sociales se hace más agudo es en el punto relativo a su garantía judicial. Dado que antes se ha afirmado su condición de verdaderos derechos, la interrogante formulada pudiera parecer tautológica o retórica, en la medida en que se estime que todo derecho ha de tener a su alcance instrumentos procesales que aseguren su ejercicio. No obstante, este asunto no está resuelto por la dogmática jurídica, pues algunos autores sostienen que la nota de la justiciabilidad no sería un elemento esencial del concepto de derecho. El derecho (subjetivo) implica que se dispone de un derecho *a algo*, respecto de un sujeto obligado, pero el cumplimiento o satisfacción del contenido del derecho no necesariamente habría de estar garantizado por una decisión judicial¹⁹. De ahí que la cuestión planteada no resulte superflua.

A veces, se manifiestan reservas ante la posibilidad de que los jueces intervengan para asegurar el disfrute de derechos sociales, dadas las repercusiones de las sentencias respectivas sobre el erario público y sobre políticas públicas de diversa índole. Se asevera que decisiones de tales características deberían estar reservadas a instancias propiamente políticas, democráticamente integradas para formular las políticas del Estado y para determinar las prioridades públicas, en áreas como la salud, la educación, la educación o el trabajo.

Pero estos reparos no resultan suficientes para negar a los derechos sociales su justicia-

bilidad. La existencia de zonas de fuerte tensión entre los órganos políticos y los tribunales no es exclusiva de la protección judicial de los derechos sociales. Todo el control de constitucionalidad de las leyes se coloca, exactamente, en ese punto de fricción, lo cual no le resta justificación en un Estado constitucional de derecho. Tampoco las implicaciones presupuestarias de las sentencias están reservadas a la tutela judicial de esos derechos. La respuesta, ante la preocupación por un desplazamiento del poder de decisión sobre la formulación o ejecución de políticas públicas del poder legislativo o ejecutivo hacia el judicial, no ha de estar en la negación de la justiciabilidad de los derechos sociales, sino en la prudencia judicial y en la debida consideración del reparto constitucional de funciones públicas al adoptar las decisiones.

Además, el reconocimiento de los derechos sociales como derechos humanos conduce, en nuestra opinión, a la aceptación de su justiciabilidad, propia si no de la esencia, al menos de la naturaleza de todo derecho. No habría razón para privar a estos derechos de la tutela judicial, constitucional e internacionalmente garantizada, en relación con todo derecho o interés legítimo²⁰.

Por otra parte, importa aclarar que múltiples manifestaciones de la justiciabilidad de los derechos sociales distan de plantear los problemas que con tanto dramatismo describen quienes ven con reserva su garantía judicial. En muchas situaciones, el control judicial de la acción estatal contraria a estos derechos es asimilable al ejercido respecto a los derechos civiles y políticos. Es así como el uso de medios judiciales para combatir actos del poder público directamente lesivos de un derecho social, o para enfrentar la negativa injustificada de acceso a un servicio público o exigir el cumplimiento de funciones de inspección o vigilancia, por parte de las autoridades, no ofrece mayores peculiaridades, en comparación con el control judicial, dirigi-

19. *Cfr.* Alexy, *op. cit.*, pp. 181-183.

20. *Vid.* el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los artículos 26 y 24, por ejemplo, de las constituciones venezolana y española, respectivamente.

do a hacer efectivos los derechos de libertad, de defensa o de igualdad. El asunto puede tornarse complejo cuando, mediante acciones judiciales, se pretende obtener prestaciones que escapan a las previsiones presupuestarias, o cuando los jueces, inspirados por un cierto activismo, emiten sentencias que parecieran usurpar atribuciones de órganos políticos. Pero no es a partir de estos casos límite que debe examinarse la justiciabilidad de los derechos sociales, menos aún cuando la distorsión de la distribución constitucional de poderes puede ser sólo aparente, pues la imprevisión del ejecutivo y del legislador, al elaborar y aprobar el presupuesto público, no ha de admitirse como una frontera infranqueable para los derechos humanos.

En relación con la justiciabilidad de tales derechos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido, en sus Observaciones Generales sobre la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que si bien este no impone de manera general el deber de asegurar, mediante recursos judiciales, la vigencia de esos derechos, esta exigencia, en principio, se desprende de la obligación de procurar su plena efectividad “por todos los medios apropiados”, que establece el artículo 2.1 del Pacto. Corresponderá al Estado demostrar que, frente a alguna situación, el mecanismo judicial no es apropiado o no es necesario. No obstante, el Comité advierte que esto “será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás ‘medios’ utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales”²¹.

Ahondando en la misma idea, el Comité afirma que:

Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría

de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad²².

Resulta claro, por lo tanto, que las tesis negadoras de las posibilidades de protección judicial de los derechos sociales son contrarias a las obligaciones internacionales, asumidas por los estados partes, al menos en lo que atañe a los derechos consagrados en dicho Pacto.

Conviene señalar que, a menudo, los problemas que se presentan al considerar la justiciabilidad de derechos prestacionales se derivan, en buena medida, de la forma como se plantea la acción judicial y, en especial, de lo que a través de esta desea obtenerse. La situación de penuria social o económica que afecte a un país y que dificulte la vigencia de ciertos derechos sociales, no se cambia mediante una sentencia, y pretenderlo de los jueces conducirá a la frustración y a la distorsión de la división constitucional de los poderes, lo cual será una consecuencia no de la justiciabilidad de tales derechos, sino de una errada comprensión del papel del poder judicial en la democracia constitucional.

21. Observación General N° 9, *E/C.12/1998/24*, 3 de diciembre de 1998.

22. *Ídem*.

No es sensato esperar que los jueces declaren en una sentencia lo que la realidad no es capaz de dar, en un estadio determinado de la evolución socioeconómica de una nación. Admitir la justiciabilidad de los derechos prestacionales no implica, pues, dar rienda suelta a las ilusiones, como en ocasiones le ha sucedido a cuerpos constituyentes, que intentan plasmar en las declaraciones normativas todo lo que se echa de menos en la realidad, con el propósito bien de consagrar, en el nivel normativo más alto, un objetivo colectivo o una bandera de lucha, bien de camuflar las verdaderas condiciones de existencia o de eludir responsabilidades en la gestión de la cosa pública.

Pero sin caer en ingenuidades ni en artificios jurídicos, y tomando los derechos sociales en serio, existe un amplio espacio, el ámbito de lo posible, dentro del cual puede y debe desarrollarse la protección judicial de derechos prestacionales. Es importante apreciar que los supuestos de negativa injustificada para proporcionar un servicio o prestación, vinculado a un derecho de esta índole, o de omisión, en la adopción de las correspondientes medidas de garantía, son, por lo general, expresiones de arbitrariedad en el ejercicio del poder público o de la negligencia estatal, las cuales siempre han sido rechazadas con energía por los sistemas jurídicos, mediante el más vigoroso y completo arsenal de instrumentos, incluyendo los judiciales.

Así, pues, los jueces serán requeridos con toda razón, cuando provengan del poder público, a través de cualesquiera de sus ramas, actos directamente lesivos para los derechos económicos, sociales o culturales; cuando se niegue, sin motivo razonable, el acceso a servicios o prestaciones; cuando el Estado omita medidas de garantía, como las de supervisión o inspección, en ciertos ámbitos, comprendidos por estos derechos; o cuando las autoridades adopten, sin una causa extraordinaria que lo justifique, políticas que comporten un franco retroceso, en el nivel de disfrute alcanzado, respecto de tales derechos.

En estas y otras situaciones análogas, el Estado de derecho debe hacerse presente con

la misma fuerza que ante la lesión de derechos civiles y políticos. Al mismo tiempo, los órganos jurisdiccionales han de mantenerse dentro de su esfera constitucional de competencias, respetando las atribuciones de las otras ramas del poder público y evitando crear privilegios a aquellos que lleguen primero al tribunal, en el supuesto de aspiraciones que, por razones económicas, sean de imposible generalización, lo cual deberá ser acreditado por medios apropiados.

En la jurisprudencia constitucional venezolana, proclive a la aceptación de la operatividad y la justiciabilidad de los derechos sociales, últimamente se han anunciado algunos criterios restrictivos que conviene examinar. En el caso *Federación Médica Venezolana*, resuelto mediante la sentencia No. 1002/2004, del 26 de mayo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró sin lugar un amparo constitucional, interpuesto contra la conducta de omisión de la Ministra de Salud y Desarrollo Social y del Presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, por falta de provisión de insumos y equipos a los hospitales y demás centros de atención del sistema nacional de salud, y por la falta de mantenimiento de la infraestructura correspondiente. Lo que nos interesa comentar no es tanto el rechazo de la acción ejercida, que puede explicarse por la forma genérica o indeterminada como fue planteada la violación del derecho a la salud, sino los criterios restrictivos de la tutela judicial de los derechos económicos, sociales y culturales, introducidos por la Sala Constitucional en esta decisión.

Al analizar las posibilidades de controlar jurisdiccionalmente actos o políticas oficiales, desde la óptica de los derechos económicos, sociales y culturales, la Sala estima fundamental trazar una línea divisoria entre los asuntos políticos o de oportunidad y conveniencia, cuya resolución está reservada a los cauces políticos inherentes a la democracia, y los propiamente jurídicos, cuyo tratamiento sí es competencia de los tribunales. Con este propósito, establece un criterio de delimitación que posee una doble faceta: el “núcleo esencial” o el “contenido mínimo” de los

derechos citados está amparado por la justicia-bilidad, la cual presupone la existencia de “una relación jurídica perfectamente definida, donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un colectivo”²³. Este criterio no es aceptable.

La idea del contenido mínimo ha sido desarrollada en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales para referirse a un contenido básico de estos derechos que los Estados están en el deber de garantizar, de manera inmediata, sin que sea válido excusarse, invocando la escasez de los recursos económicos disponibles. Este contenido mínimo es susceptible, por supuesto, de protección judicial, pero la justiciabilidad se extiende a todo el derecho. En consecuencia, es un camino errado el seguido por la Sala Constitucional, al pretender separar el derecho de la política, a partir de la noción del

contenido mínimo o del núcleo esencial, porque, desde el ángulo del derecho, la protección jurídica y judicial de los derechos sociales abarca todo el derecho, no únicamente su contenido mínimo o esencial y, desde el ángulo de la política, porque también acudiendo a la categoría del contenido mínimo, se puede traspasar la frontera entre la esfera de las atribuciones del poder judicial y la de las instancias políticas, si se pretende imponer judicialmente una determinada opción de política económica o social como la única adecuada para garantizarlo.

En cuanto a la existencia de “una relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un colectivo”, el criterio tampoco es de recibo. En muchos supuestos, el interés en la tutela judicial de derechos sociales estará vinculado a una relación jurídica preexistente, en cuyo

23. El primer aspecto de este criterio no se encuentra formulado en la sentencia tan claro como el segundo, pero está presente. La Sala comienza señalando, “...al tener en esos términos los derechos económicos, sociales y culturales rango de derechos fundamentales, gozan, indiscutiblemente, de tutela jurisdiccional, pues, en caso contrario, no se estaría ante un derecho sino ante una aspiración de valor moral. El asunto es determinar cuándo se está exigiendo el cumplimiento de un derecho económico, social o cultural, y cuándo se está exigiendo que la Administración cumpla con la cláusula de Estado Social de Derecho, ya que en uno u otro caso las formas de exigencias son totalmente distintas, diferenciación que pasa, necesariamente, por el reconocimiento del valor político de la actividad estatal destinada a satisfacer la *procura existencial*, y por la definición del núcleo esencial de cada uno de los derechos en juego”. Luego añade, “Para el segundo de los supuestos —la *identificación del núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales*—, ayuda en mucho que se esté en presencia de una relación jurídica perfectamente definida donde la lesión provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un grupo de estos que amerite la tutela del derecho lesionado a través de los órganos jurisdiccionales, como por ejemplo sucedió en el caso decidido por la sentencia N° 487/2001 (caso: *Glenda López y otros vs IVSS*), en el que los accionantes figuraban como afiliados al sistema de seguridad social, y, sin embargo, no se les suministraba el tratamiento médico...”, y termina desechando el amparo incoado, aduciendo que “Lo expuesto, en criterio de la Sala, no coincide con el hasta ahora único elemento identificado del *núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales*: la existencia de una relación jurídica perfectamente definida, ya que lo pretendido por la parte accionante es que la Administración nacional —que como se dijo no es la única obligada y, sin embargo, fue señalada como única accionante—, cumpla con la cláusula de Estado Social de Derecho”. El segundo aspecto del criterio mantenido, la sentencia lo enuncia esquemáticamente, en estos términos, “Según las ideas expresadas en los párrafos anteriores se concluye, hasta ahora, que: a) los derechos económicos, sociales y culturales gozan, como cualquier derecho, de tutela jurisdiccional; b) para saber cuándo se está en presencia de uno de esos *derechos debe existir una relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un colectivo*; c) la actividad estatal destinada a satisfacer la *procura existencial* es una actividad de gran contenido político; d) que esa actividad puede traducirse bien en actos o bien en políticas; e) que esos actos pueden ser objeto de control jurisdiccional en sus elementos jurídicos, no en los políticos; f) que las políticas no son objeto, en principio, de control jurisdiccional sino de control político; g) que esa imposibilidad del juez no puede ser entendida como una negación del derecho de acción de los ciudadanos” (énfasis nuestro).

contexto, la violación del derecho se produce: despido sin justa causa de una mujer embarazada; desconocimiento de los derechos de un trabajador, durante la vinculación laboral; expulsión arbitraria de un estudiante de una institución educativa; negativa de acceso a los servicios de salud a personas afiliadas al seguro social, entre otras hipótesis. Pero a veces, la protección judicial será necesaria, aun faltando una relación preexistente, perfectamente definida, que se vea alterada: exclusión injustificada de una o más personas de un concurso u otro proceso análogo de selección para proveer un puesto de trabajo; ausencia de plazas para el ingreso de un niño a la enseñanza primaria; negativa de acceso a servicios públicos de salud a personas no afiliadas al seguro social, entre otros casos.

Esperamos que las restricciones señaladas, en la citada sentencia, hayan sido sólo razones para fundamentar la desestimación del amparo ejercido, que probablemente no estuvo bien planteado y que no cristalicen en una línea jurisprudencial limitativa, lo cual significaría un punto de inflexión, contrario al principio de progresión en la tendencia garantista que, hasta entonces, mantuvo la jurisprudencia constitucional en la materia.

Para ilustrar las posibilidades de protección judicial de los derechos sociales, aludiremos a algunos aportes jurisprudenciales, que ponen de manifiesto diversas situaciones frente a las cuales el poder judicial ha contribuido significativamente, sin quebrantar la distribución constitucional de funciones públicas a la vigencia de estos derechos. Los casos comentados ostentan alguna especialidad, desde la óptica del alcance de la intervención judicial, pero junto a ellos habría que tener presente la amplia gama de supuestos ordinarios cómo los jueces pueden hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales.

En lo que respecta al derecho a la salud, la jurisprudencia constitucional comparada

ofrece importantes precedentes. Una línea jurisprudencial, compartida por varios países latinoamericanos, se refiere a la protección del derecho a la salud de personas afectadas por el VIH. En varios países latinoamericanos, determinadas autoridades de los servicios públicos de salud se han negado a proporcionar a los portadores del virus los medicamentos necesarios para mantener la salud y la vida, lo cual ha conducido a la interposición de acciones judiciales, las cuales han sido favorecidas por las máximas instancias jurisdiccionales.

En el caso venezolano, desde enero de 1998, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, declaró con lugar recursos dirigidos a asegurar el suministro de medicamentos y de tratamiento médico a afectados por el VIH²⁴. La sentencia dictada el 15 de julio de 1999 tiene relevancia singular, porque declaró obligatorio tal suministro, en beneficio no sólo de los demandantes, sino de todo venezolano o extranjero residente en el país, que padezca de VIH-SIDA, acredite la necesidad de tratamiento y carezca de recursos para sufragarlo. Para garantizar el cumplimiento del fallo, ordenó al Ministro de Sanidad y Asistencia Social solicitar al Presidente de la República la rectificación de la respectiva partida presupuestaria o la tramitación de un crédito adicional al presupuesto para el resto del ejercicio fiscal, así como gestionar la inclusión de los recursos necesarios en futuros proyectos de ley de presupuesto. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, creada por la Constitución de 1999, ha consolidado esta línea jurisprudencial pero, en relación con las personas inscritas en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, sin que, en este caso, se exija la carencia de recursos económicos para cubrir los costos del tratamiento²⁵.

En una dirección similar apuntan sentencias dictadas por los tribunales constitucionales o tribunales supremos de Argentina²⁶, Co-

24. Sentencias del 20 de enero de 1998 y del 14 de agosto de 1998.

25. Sentencia N° 487/2001, del 6 de abril, reiterada en sentencias como la N° 881/2002, del 8 de mayo.

26. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 1 de junio de 2000, caso "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social".

lombia²⁷, Perú²⁸ y El Salvador²⁹, entre otros países. En algunas ocasiones, la actuación de los tribunales nacionales estuvo precedida por pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁰.

En la jurisprudencia argentina, que ofrece varios precedentes de interés en la materia, es digno de mención, en primer lugar, el caso “Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, relativo a la omisión o negligencia del Estado en la elaboración o contratación de una vacuna contra la llamada fiebre hemorrágica argentina, enfermedad endémica, propia de una región de Argentina. La vacuna (*Candid 1*) es considerada la medida sanitaria más efectiva para combatir la enfermedad, por lo que el Estado había requerido la preparación de algunas dosis a un instituto norteamericano, el cual luego anunció que no continuaría con la producción de la vacuna por no ser rentable. En virtud de la insuficiencia de las dosis proporcionadas, no fue posible contener la enfermedad y, dada la ausencia de interés económico en la producción de la vacuna, el Estado inició las tareas para fabricarla, pero luego incurrió en graves demoras, que motivaron la interposición de una acción de amparo. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala IV) decidió, el 2 de junio de 1998, que la acción era procedente y ordenó al Estado —Ministerio de Salud y Acción Social— proseguir con la producción de la vacuna, con estricto apego al cronograma, que las propias autoridades habían elaborado inicialmente.

Otras dos sentencias de particular interés fueron las dictadas en los casos “Campodónico, Ana c/ Ministerio de Salud y Acción Social”³¹ y “Miretti Graciela M. c/ Estado Pro-

vincial de Santa Fe”³², en las cuales se ordenó al Estado nacional y a la Provincia de Santa Fe entregar regularmente un medicamento de elevado costo a un niño, que padecía una grave enfermedad ósea, y realizar una operación de trasplante de médula a una persona en serio peligro de muerte, respectivamente. En ambas causas, las entidades públicas demandadas intentaron eludir su responsabilidad con el argumento de que, legalmente, correspondía a otra institución u organismo la atención del requerimiento. En la primera, a la obra social —ente no estatal de la seguridad social—, en la cual el afectado estaba inscrito o a la provincia donde residía; en la segunda, al instituto autárquico o autónomo creado por la provincia para los trasplantes de órganos. Estos planteamientos elusivos no tuvieron eco en los pronunciamientos judiciales. En el caso “Campodónico”, fue reafirmado el deber del Estado nacional o federal de satisfacer requerimientos de salud que no pudieran ser cubiertos por las provincias u otras entidades menores, y en el caso “Miretti”, en el cual, además, el instituto autárquico o autónomo, primeramente responsable (CUDAIO), que también había sido demandado, ni siquiera había comparecido durante el proceso, el argumento de la Provincia de Santa Fe fue rechazado con una motivación que conviene reproducir:

Propiciar en este punto la tesis de la Provincia apelante, en el sentido que ya cumplió con sus obligaciones constitucionales diseñando el CUDAIO, importaría consentir una exégesis absurda (por ende arbitraria: CSJN, “Fallos”, 111:367; 306:802) y gatopardista de la Constitución, dado que significaría admitir que la Provincia

27. *Vid.*, entre otras, la sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-067/05.

28. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano del 12 de julio de 2004, caso “Azanca Meza García”.

29. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del 4 de abril de 2001, en el caso “Jorge Odir Miranda Cortez”.

30. Tales como las medidas cautelares dictadas por la Comisión contra Perú, el 23 de septiembre de 2002, en el caso de quince personas con VIH—SIDA, y la decisión del 7 de marzo de 2001 de admitir la petición de Jorge Odir Miranda Cortez y otras 26 personas afectadas contra El Salvador.

31. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 24 de octubre de 2000.

32. Sentencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario (Sala III) del 4 de diciembre de 2000.

puede derivar al habitante hacia un organismo autárquico de la misma Provincia, que no le dará lo que necesita. Recurrir a esa estratagema elusiva podrá quizá ser una muestra de picardía jurídica, pero no una variable constitucionalmente decente ni aceptable, en particular estando en riesgo el valor salud...

En lo que atañe al derecho a la vivienda, la jurisprudencia venezolana muestra ejemplos dignos de mención. En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia protegió el derecho a la vivienda, entre otros bienes o principios constitucionales, al declarar ilícitas las condiciones en que la banca privada otorgaba créditos hipotecarios, por la falta de intervención del Banco Central de Venezuela, en la fijación de límites a las tasas de interés y por el uso de la modalidad de créditos mexicanos o indexados, en supuestos no autorizados por la ley. La decisión ordenó la reestructuración o el recálculo de los créditos hipotecarios en curso, con arreglo a la tasa máxima de interés, que el Banco Central de Venezuela debía fijar, y la imputación de los intereses indebidamente percibidos al capital adeudado³³. Esta sentencia evidencia que las implicaciones económicas de la tutela judicial de los derechos sociales no necesariamente recaen sobre la hacienda pública, sino también sobre los particulares, que hayan actuado de modo incorrecto al amparo de la negligencia estatal.

La garantía del derecho a la vivienda puede justificar, en ciertos supuestos, el control judicial sobre políticas públicas, orientadas a asegurarlas. Al respecto, es reveladora la sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica del 4 de octubre de 2000, en el caso *The Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom, Irene and others*. Se trataba de un conjunto de unas 900 personas, incluyendo a 510 niños, que habían sido desalojadas de terrenos privados, afectados para planes oficiales de construcción de viviendas, quienes reclamaban un re-

fugio o alojamiento provisorio, mientras accedían a una vivienda permanente. El tribunal local falló sustancialmente a favor de los demandantes y ordenó el otorgamiento de refugio o alojamiento a las familias con niños, imponiendo ciertas condiciones mínimas de salubridad. Al conocer el recurso ejercido por el gobierno contra esta decisión, la Corte Constitucional lo desestimó y pasó además a examinar la razonabilidad de la política estatal, en relación con el derecho a la vivienda, en un contexto de búsqueda de la integración social, tras la etapa del *apartheid*. La Corte admitió la justiciabilidad del derecho a la vivienda en estos términos:

Los derechos económicos y sociales están expresamente reconocidos en la declaración de derechos de la Constitución y no puede decirse de ellos que existen sólo en el papel. La sección 7 (2) de la Constitución requiere al Estado respetar, proteger, promover y garantizar los derechos constitucionales y los tribunales están obligados constitucionalmente a asegurar que esos derechos sean protegidos y garantizados. La cuestión entonces no es si los derechos económicos y sociales son justiciables en la Constitución sino cómo los hacemos efectivos en un caso determinado³⁴.

Luego, entró en la apreciación de la razonabilidad de la política estatal, no sin advertir que:

Cuando la Corte en un caso considera la razonabilidad de una medida, no deberá preguntarse si hubieran podido adoptarse otras medidas más deseables o favorables, o si el dinero público hubiera podido utilizarse mejor. La cuestión será si la medida adoptada es razonable. Es necesario reconocer que el Estado cuenta con un amplio espectro de posibles medidas que podría adoptar para cumplir su obligación. Muchas de esas medidas podrían satisfacer el estándar de razonabilidad. Una vez que se demuestra que la medida adopta-

33. Sentencia N° 85/2002, del 24 de enero.

34. Sentencia consultada en Abramovich y Courtis, *op. cit.*, p. 162.

da satisface el estándar, la obligación del Estado se tiene por cumplida³⁵.

Bajo estos parámetros, la Corte Constitucional estableció que, si bien la política estatal, en materia de vivienda, globalmente considerada, era coherente y aseguraba la coordinación, carecía de respuesta frente a los grupos más vulnerables, como los demandantes, quienes tenían necesidades urgentes que satisfacer en el corto plazo. Se dio especial relevancia a la situación de los niños sin vivienda y a la importancia de no separarlos de sus padres. De ahí que se haya declarado la vulneración del derecho a la vivienda y se haya requerido al gobierno sudafricano la corrección de la política de vivienda, en la región donde se produjeron los hechos.

Aunque este precedente ha enfrentado algunos problemas de implementación³⁶, pone de relieve el esfuerzo por hallar ese justo medio, propio de los jueces, en el cual es posible, también cuando de los derechos sociales se trata, salvaguardar los derechos constitucionales y vivificar la Constitución, sin atentar contra la división de poderes ni contra los principios democráticos.

Junto a los casos antes reseñados, pudieran citarse otros, que han generado serias críticas por representar, según algunos, una invasión en la competencia legislativa y una petrificación de criterios socioeconómicos discutibles, que deben permanecer abiertos al debate técnico y democrático³⁷. Pero ello no puede conducir a negar la justiciabilidad de los derechos sociales, pues implicaría incurrir en la falacia argumentativa de excluir, con base en errores aplicativos, lo que en el plano de los principios se impone. De aceptarse esa posición, el control judicial entero de la constitucionalidad de las leyes y de los de-

más actos del poder público correría el riesgo de desaparecer.

6. Perspectivas de la protección internacional y constitucional de los derechos sociales

Es largo el camino que hay que recorrer para lograr una plena garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, se observan señales alentadoras, en lo que atañe a la consolidación de principios y mecanismos jurídicos que favorecen su protección. El relativo acercamiento entre los mecanismos de tutela internacional de estos derechos y los de los derechos civiles y políticos, así como el afinamiento de los conceptos normativos, que permiten controlar la actuación de los Estados, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, representan un avance importante. En la materia constitucional, los esfuerzos por incluir tales derechos en la reflexión dogmática y de construir un modelo conceptual que los dote de una fuerza jurídica análoga a la de los derechos de libertad o de defensa, son también plausibles.

Es más recomendable que los aportes provenientes de ambos espacios jurídicos converjan y desemboquen en una construcción teórica cada vez más sólida, que facilite la resolución de casos o problemas vinculados al goce de los derechos sociales. Sobre la base de principios ya conocidos y analizados por la teoría de los derechos fundamentales, como los de proporcionalidad o racionalidad y de intangibilidad del contenido esencial del derecho, que condicionan la imposición de cualquier restricción o limitación a su disfrute, y con apoyo en nociones como la del contenido mínimo del derecho, que siempre debe es-

35. *Idem*, p. 163.

36. Cfr. Pillay, Kameshni, "Implementing Grootboom", *ESR Review*, 2002, Vol. 3, N° 1, en www.communitylawcentre.org.za/ser/esr_review.php

37. Como ha sucedido en Colombia con las sentencias de la Corte Constitucional, relativas a la actualización y extensión de las pensiones y a los límites de las tasas de interés. *Vid.* Sergio Clavijo, "Impacto económico de algunas sentencias de la Corte: el caso de la 'Mesada Pensional 14' y de las Regulaciones en Vivienda", 2004, en www.banrep.gov.co. *Vid.* también Óscar José Dueñas Ruiz, *Jurisprudencia humanista en el constitucionalismo económico*, Bogotá, Librería del Profesional, 2000, pp. 50 y ss.

tar asegurado y en la identificación de otras obligaciones de cumplimiento inmediato por los Estados, a lo cual se han referido ampliamente organismos internacionales, al examinar la vigencia de tales derechos, es posible establecer una plataforma conceptual, que potencie la tutela de los derechos sociales.

Ello sería una valiosa contribución al robustecimiento de la unidad de los derechos humanos y de la integridad del sistema democrático, el cual se soporta tanto en el ejercicio de las libertades civiles y políticas como en el acceso de todos a una existencia digna.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico salvadoreño es, además, aconsejable extraer todas las consecuencias de la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución, sobre todo en lo concerniente a la vigencia de los derechos sociales. La corriente jurisprudencial,

que se inclina por deducir ciertos derechos sociales de preceptos pertenecientes al catálogo de derechos, pero formulados como principios rectores de la política económica social, cuando está de por medio la noción de derecho inherente a la persona, apunta en una buena dirección. Otro paso relevante sería el de develar la riqueza normativa del artículo 52 de la Constitución, cuyo segundo párrafo representa una norma de apertura a nuevos derechos sociales, que erige a la justicia social, en el criterio de reconocimiento de esos derechos no escritos en la Constitución. Entre estos derechos innominados hay que incluir, como lo muestra la experiencia de otros países latinoamericanos, que también poseen normas constitucionales de apertura, en materia de derechos, a los previstos en tratados o declaraciones internacionales sobre derechos humanos.