

La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión

Jesús M. Casal*

I. INTRODUCCIÓN

La garantía de los derechos sociales es una tarea compleja, que involucra a todas las ramas del poder público y comprende una diversidad de instrumentos de protección. Si algo ha distinguido la evolución del derecho constitucional desde la segunda mitad del siglo XX ha sido la preocupación por dotar a los derechos de garantías que favorezcan su vigencia efectiva, entre las cuales las de índole judicial han ocupado una posición capital, aunque las garantías de los derechos constitucionales son de naturaleza diversa.¹ Antes que entrar a clasificarlos, queremos destacar que los llamados derechos sociales no han escapado a esta tendencia y que la reflexión sobre cómo darles cumplimiento y sobre los correspondientes mecanismos de exigibilidad ha suscitado interrogantes específicos.

La dogmática jurídica ha avanzado significativamente en los últimos años en la precisión del alcance y las garantías de los llamados derechos sociales, o derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Gracias a desarrollos doctrinales donde los autores latinoamericanos han realizado meritorios aportes,² el estado de la discusión suscitada en torno a estos derechos se sitúa en varios aspectos

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela): director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma Universidad y exdecano de su Facultad de Derecho.

1 Vid., entre otros, Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2007, pp. 225 y ss.; Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999, pp. 501 y ss.; Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, p. 26; Risso Ferrand, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, pp. 11 y ss.

2 Vid., por todos, Courtis, Christian y Abramovich, Víctor, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004; Cossío, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, CEC, 1999.

en un nivel o posición cualitativamente diferente. El debate inicial acerca de su naturaleza, es decir, de la posibilidad de considerarlos verdaderos derechos, o acerca de su estructura, en especial en lo que atañe a la validez de la tradicional contraposición entre ellos y los derechos de libertad, tiende a ser desplazado por los esfuerzos destinados a poner de manifiesto sus implicaciones jurídicas y los términos de su justiciabilidad.

Lo interesante de este proceso es que el examen de la fuerza normativa de los derechos sociales ha robustecido su exigibilidad más allá del ámbito sobre el cual giraban originalmente las inquietudes conceptuales. La discusión sobre la dimensión prestacional de estos derechos permitió que afloraran facetas de libertad o abstención que permanecían ocultas en muchos análisis doctrinales. Ello facilitó, al mismo tiempo, el reconocimiento de contenidos prestacionales de clásicos derechos de libertad.

Una circunstancia que merece ser destacada es la rapidez con que los hallazgos nacidos de las controversias relativas a la significación jurídica de los derechos sociales trascendieron al plano de los informes o decisiones de organismos internacionales de derechos humanos, los cuales han ofrecido pautas para el adecuado perfilamiento de la operatividad jurídica de tales derechos. La justicia constitucional se ha hecho cargo igualmente de estos asuntos y ha efectuado importantes contribuciones.

Junto a estos avances subsisten obstáculos de diversa índole para su plena garantía, asociados a limitaciones socioeconómicas, a desviaciones en la manera de procurar la realización de estos derechos y a dificultades jurídicas de naturaleza procesal o conceptual. Estas últimas se ubican generalmente en el terreno del alcance de la operatividad jurídica de los derechos sociales, al cual, como dijimos, se ha trasladado el debate original. En tal sentido puede aludirse a las tensiones que –como ocurre en otros ámbitos referidos a los derechos fundamentales– acompañan su aplicación, en casos en que la garantía judicial de esos derechos implica la revisión de políticas públicas definidas por las instancias políticas competentes. También han surgido, en ciertos contextos, problemas ligados a una proyección estatista de estos derechos con una connotación que agudiza los posibles conflictos con otros derechos constitucionales, lo cual en ocasiones ha generado alguna fuga o retorno hacia los asuntos críticos del punto de partida del debate doctrinal. Esto a menudo ha sido influenciado por un cierto escepticismo sobre los resultados reales que pueden obtenerse mediante la tutela jurídica, y en particular judicial, de estos derechos, momento en que las complejidades teóricas y las prácticas se alimentan mutuamente.

El objeto de este trabajo es esbozar algunos de esos avances y abordar algunas de esas dificultades o zonas de tensión. No tenemos ninguna pretensión de

exhaustividad. Solo intentaremos mencionar asuntos relevantes desde la óptica indicada, sin perder de vista problemas surgidos en el derecho venezolano.

II. AVANCES

1. Los derechos sociales como derechos

En su momento estuvo en un primer plano el debate acerca de la naturaleza jurídica de los llamados derechos sociales. Su propia condición de derechos era lo que estaba en discusión. Según una postura representativa de la tesis negadora de tal condición, debe distinguirse entre los “verdaderos derechos” y los “derechos sobre el papel”, como los denominados derechos sociales.³

Los “verdaderos derechos” son “aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: son susceptibles de tutela jurisdiccional; pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado, y su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular”. Son “derechos sobre el papel –derechos ficticios– todos aquellos que no satisfacen alguna de estas condiciones”. Este sería “el caso de los llamados ‘derechos sociales’”.⁴

Salta a la vista, en atención al desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia en los últimos lustros, que algunos intentos conceptuales orientados a precisar las condiciones que deben llenarse para que nos hallemos en presencia de un verdadero derecho estaban dirigidas, de entrada, a demostrar que los derechos sociales no lo eran. Es decir, se razonaba no tanto a partir de premisas válidas en abstracto para luego aplicarlas a cualquier supuesto particular –como los derechos sociales–, sino que al examinar los derechos sociales se procuraba o tendía a definir ciertos postulados desde los cuales poder afirmar con certeza, o capacidad de persuasión, que aquellos no eran auténticos derechos. Nótese que el autor citado, pese a lo categórico del planteamiento esbozado, admite que la tutela jurisdiccional no es la única forma concebible de tutela jurídica de un derecho; también señala que la precisión de la obligación exigible es un requisito de la tutela jurisdiccional, no de la protección jurídica como tal.⁵

Por otro lado, a veces, la visión que se tenga sobre los alcances o posibilidades de la tutela jurisdiccional y sobre la fuerza jurídica de ciertas normas constitucionales repercute en el examen de la naturaleza de los llamados derechos sociales.

3 Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 214 y ss.

4 *Ibid.*, pp. 214-215.

5 *Ibid.*, p. 214.

Si se asevera, por ejemplo, que las disposiciones constitucionales que consagran derechos sociales son “normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador” y que “el legislador no puede estar obligado a dictar leyes [...] La omisión por parte del legislador carece de cualquier clase de sanción”,⁶ no resulta extraño que se ponga en duda el carácter de derechos de los llamados derechos sociales.

Al respecto cabe preguntarse: ¿Las normas que reconocen derechos sociales son por definición puramente programáticas o teleológicas con la connotación que se infiere de ese análisis? ¿No será más bien que terminan siendo de esa índole porque se asume la idea de que las posibilidades de su tutela judicial están de entrada negadas o deben estarlo? Hoy resulta muy difícil afirmar que el legislador no puede estar obligado a dictar leyes. Obviamente puede estarlo y muchas veces en virtud de mandatos constitucionales específicos. Ni siquiera sería erróneo sostener que no solo puede *estar* sino *ser* obligado a dictarlas. No en el sentido de la ejecución forzosa directa de esa obligación de hacer, sino desde la perspectiva de la declaración u orden que un tribunal o sala constitucional, u otro órgano jurisdiccional, eventualmente emita para que sea colmada una omisión legislativa, aunada a las consecuencias jurídicas que pueden desencadenarse, si esta obligación no es cumplida. Estas consecuencias son diversas según los sistemas jurídicos y pueden comprender la cobertura de la omisión en el caso concreto por decisión de un tribunal; el establecimiento de parámetros jurídicos, derivados de la interpretación constitucional, para la aplicación judicial de la norma constitucional incumplida, mientras actúa el legislador; o la adopción, por un tribunal o sala constitucional, de una normativa general provisional, vigente hasta la intervención legislativa.

Naturalmente, las posibilidades de respuesta jurisdiccional de los ordenamientos jurídicos frente a omisiones legislativas, absolutas o relativas, no son siempre las mismas y no se debe generalizar. Pero una ojeada al derecho comparado en la materia revela que esa respuesta existe y a veces con especial intensidad y no poca eficacia. Esto no significa que esas medidas jurisdiccionales sean inmunes a la crítica. Al contrario, deben ser objeto de valoración por la ciencia jurídica, lo cual nos acerca al punto neurálgico que queremos plantear.

Algunas tesis negadoras del carácter de derechos de los denominados derechos sociales no obedecen propiamente a principios teóricos o dogmáticos depurados o, en otras palabras, no se despliegan en un plano jurídico-conceptual o lógico, sino que cobran sentido dentro de una cierta tradición jurídica; dentro de un cierto sistema jurídico particular y en función de las posturas dominantes; o incluso dentro de una determinada visión ideológica o filosófico-política. *Una*

6 *Ibid.*, p. 218.

cosa es que los derechos sociales ‘per se’ no puedan considerarse verdaderos derechos y otra muy distinta es que se estime que no deben serlo.

En el derecho venezolano, la discusión inicial sobre la naturaleza de los llamados derechos sociales estuvo en parte marcada por cierta confusión entre una y otra aproximación al tema. La Constitución de 1961 fue generosa en la consagración de derechos de tipo social, como lo es la actual, también en lo que atañe a su garantía jurisdiccional, pues no hizo distinciones entre derechos sociales y derechos de libertad al delinear el radio protector del amparo constitucional (artículo 49). Pero un sector de la doctrina sostuvo que normas como la que contemplaba el derecho a la protección de la salud no podían calificarse de derechos, ya que eran más bien principios rectores de la política económica o social, o determinaciones de fines del Estado. En el fondo, este análisis tomaba poco en cuenta lo que disponía la Constitución entonces vigente y se apoyaba más en lo que, conforme a cierta opinión, hubiera debido establecerse, teniendo probablemente como referencia a constituciones como la alemana y la española. Pese a ello, la jurisprudencia avanzó en la dirección, trazada por la Constitución, del reconocimiento de su condición de derechos y de su justiciabilidad.

En este contexto, resulta pertinente una referencia a la Constitución española, pues ella también demuestra la relatividad de las distinciones que a veces pretenden imponerse entre los derechos de libertad (*lato sensu*) y los llamados derechos sociales o de prestación. El título I de esta Constitución separa tajantemente los “derechos y libertades” (ubicados en el capítulo segundo de este título) de los “principios rectores de la política social y económica” (situados en su capítulo tercero). Los primeros vinculan a todos los poderes públicos, gozan de la garantía de la reserva legal y de la intangibilidad de su contenido esencial (artículo 53.1), mientras que los segundos, que se corresponden con muchos de los llamados derechos sociales, informan “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” y solo pueden alegarse ante la jurisdicción ordinaria “de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (artículo 53.3).

Así, pudiera parecer que el constituyente partió de una distinción conceptual, dogmáticamente necesaria, entre unos y otros, pero la lectura del respectivo elenco de derechos o principios, aunada a la reflexión doctrinal y a la evolución jurisprudencial, indica algo distinto. Prieto Sanchís ha resumido bien lo ocurrido:

A mi juicio, la conclusión que cabe obtener de todo ello es la siguiente: si los derechos sociales que derivan de los denominados principios rectores del capítulo III se hallan jurídicamente devaluados no es principalmente porque sean derechos sociales, es decir, no es porque reúnan alguna de las características propias de esta categoría de derechos, sino que ello obedece más bien a la voluntad

constituyente. En otras palabras, no creo que exista ningún motivo técnico para que el derecho a la educación deba ser desarrollado mediante ley orgánica, sea protegido en su contenido esencial y goce del recurso de amparo y, en cambio, el derecho a la salud, a la vivienda o a una pensión digna de jubilación queden a merced de los programas electorales de los partidos institucionales; si esto es así, es porque en 1978 los grupos políticos que hicieron la Constitución no consideraron oportuno o prudente establecer un régimen jurídico uniforme para tales derechos, pese a que su estructura jurídica es similar.⁷

La relatividad de esta distinción se ve reflejada luego en la dicotomía que esta Constitución plantea entre los derechos de la sección 1ª de ese capítulo segundo y los de su sección 2ª, ya que solo los primeros son calificados de fundamentales y están protegidos especialmente mediante el amparo judicial ordinario y el recurso de amparo ante el tribunal constitucional (junto al derecho a la igualdad y a la objeción de conciencia consagrados fuera de esta sección), lo cual no ha impedido que mayoritariamente se estime que todos los derechos del capítulo segundo sean derechos fundamentales.⁸

La Constitución colombiana es igualmente ilustrativa sobre lo endeble que puede llegar a ser la formulación constitucional de compartimientos separados entre los derechos de la persona, con una inclinación a colocar a los derechos predominantemente prestacionales en una posición secundaria desde el punto de vista de sus garantías. Así, dicha Constitución denomina como fundamentales a los derechos consagrados en el capítulo I de su título II, mientras que su capítulo II está dedicado a “los derechos sociales, económicos y culturales”. Los derechos del capítulo I quedan sujetos a un procedimiento especial, eventualmente más agravado, de reforma (artículo 377). Asimismo, la gran mayoría de los derechos allí recogidos gozan, según el artículo 85 de la Constitución, de aplicación inmediata, y su artículo 86 reconoce la acción de tutela para la protección de los “derechos constitucionales fundamentales”, lo que pudiera entenderse referido exclusivamente a los derechos incluidos en el capítulo I del título II, como inicialmente lo interpretó el Consejo de Estado colombiano.⁹ Esta posición se basaba en un criterio formal que fue considerado, sin embargo, “insuficiente, incompleto e inapropiado”.¹⁰ Ello porque, entre otras razones, algunos derechos

7 Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1994, p. 190.

8 Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 17 y ss.

9 Cepeda, Manuel, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1997, p. 2.

10 *Ibid.*, p. 3.

ubicados fuera de ese capítulo eran calificados expresamente como fundamentales y porque el artículo 94 de esa Constitución, en términos similares a nuestro artículo 50 de la Constitución de 1961 y al artículo 22 de la vigente, contiene una apertura a derechos inherentes a la persona humana que no figuran en el texto constitucional y “es claro que los derechos inherentes a la persona son fundamentales”.¹¹ La Corte Constitucional de Colombia optó tempranamente por una lectura del asunto que no atiende únicamente al criterio formal apuntado y que tiene en cuenta las circunstancias del caso.¹² Por esta vía han sido amparados, mediante la acción de tutela, facetas prestacionales de ciertos derechos, o derechos típicamente prestacionales, como el derecho a la salud, situados fuera del capítulo I.

Conviene volver a las notas o propiedades concurrentes enunciadas por alguna doctrina para deslindar el concepto de derecho de otras categorías: la tutela jurisdiccional; la posibilidad de ser ejercitado o reivindicado frente a un sujeto determinado; y la existencia de una obligación de conducta bien definida o precisa, así como debe serlo el titular del derecho. Estas condiciones, o al menos algunas de ellas, pueden ser puestas en duda como criterio de reconocimiento de un derecho, y no necesariamente resultan incumplidas en el supuesto de los llamados derechos sociales.

La tutela jurisdiccional, a veces, está negada porque en un estadio determinado del pensamiento jurídico, de la praxis judicial o de la regulación procesal de un ordenamiento jurídico, a ciertos derechos no se les reconoce la justiciabilidad. Es decir, la falta de justiciabilidad puede ser una deficiencia o carencia del ordenamiento en la protección de un derecho, antes que un criterio que excluye la existencia del derecho.¹³ Téngase presente que en la teoría del derecho se objeta la tesis según la cual es imprescindible que alguien cuente con el poder jurídico de exigir judicialmente a otro la observancia de una pretensión para que pueda hablarse de un derecho subjetivo. Con razón se ha dicho que: “La existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad; cualquiera que sea la forma como se la describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también justiciable”.¹⁴ Por otro lado, la justiciabilidad es un atributo que admite gradaciones, ya que hay puntos intermedios entre su completa negación y la posibilidad de accionar judicialmente para reclamar la satisfacción directa de posiciones subjetivas originarias derivadas de la Constitución.

11 *Idem*.

12 *Ibid.*, pp. 4 y ss.

13 *Vid.* Osuna Patiño, Néstor, *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 24.

14 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, p. 496.

La definición del sujeto obligado es sin duda importante para la activación de un derecho, pero no es cierto que el destinatario de los derechos sociales sea siempre o normalmente indeterminado. En ocasiones, las constituciones hacen recaer claramente sobre el Estado las obligaciones asociadas al contenido del derecho. Cuando no lo hacen, esa sigue siendo la regla, como lo es en general en materia de derechos fundamentales. En otros supuestos, del contenido del derecho se deduce palmariamente que el obligado es también un particular, en el ámbito laboral por ejemplo, aunque, en algunos casos, la repercusión del derecho sobre los particulares y su alcance respecto de ellos pueden ser inciertos. Esto último ha de esclarecerse mediante la interpretación, lo cual no es extraño en el campo de los derechos de libertad, como lo demuestra la discusión en torno a la intensidad o modulación del efecto entre particulares de los derechos fundamentales.

En cuanto a la precisión de la obligación que da contenido al derecho, habría que decir, en primer lugar, que no siempre el derecho social está plasmado de manera genérica. Nada impide al constituyente ser preciso en la consagración del derecho a determinadas prestaciones, tal como lo demuestra el artículo 12 de la Constitución suiza, que reconoce el derecho a recibir ayuda estatal en situaciones de extrema necesidad, cuya admisión expresa como derecho fundamental estuvo precedida por una sentencia que había ordenado a las autoridades otorgar ciertas prestaciones al afectado por tal situación. La jurisprudencia también enseña que de derechos constitucionalmente proclamados cabe derivar prestaciones concretas. Un ejemplo se encuentra en el derecho a la asistencia letrada, en su dimensión prestacional, que en España ha sido fruto de la jurisprudencia constitucional.

En segundo lugar, la generalidad, o una cierta indeterminación, es común a las normas constitucionales y no es ajena a la formulación de los derechos de libertad, como lo ilustra el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad o, nada más y nada menos, que la garantía de la dignidad humana, la cual tiene, por cierto, implicaciones de libertad o abstención, así como de prestación o protección. En lo concerniente al titular de los derechos sociales, generalmente es una persona natural. A veces, estos derechos poseen una proyección colectiva, como la tienen algunos derechos de libertad –de expresión e información–, y en virtud de ella en ocasiones se hacen valer judicialmente por medio de intereses difusos o colectivos, pero esto no implica que la titularidad de esos derechos no pueda determinarse ni ponga en entredicho su condición de tales.

2. La estructura de los derechos sociales y su justiciabilidad

Conviene advertir que la categorización de ciertos derechos como sociales puede suscitar malentendidos, ya que los derechos normalmente englobados bajo la denominación de derechos sociales son heterogéneos.¹⁵ Algunos se perfilan como derechos de libertad (la libertad sindical o el derecho a la huelga), mientras que otros son predominantemente prestacionales. Dentro de los segundos se encuentran algunos que obligan al Estado a adoptar medidas positivas para el acceso de las personas a servicios o bienes que puede estar en el deber de prestar o proveer (el derecho a la salud); mientras que otros se refieren a garantías jurídicas que deben establecerse para que otros particulares satisfagan la pretensión del titular del derecho (como sucede frecuentemente con los derechos de naturaleza laboral). También hay derechos típicamente multidimensionales, como el derecho a la educación.

Con esta salvedad, puede entrarse en la consideración de la contraposición que a veces se ha planteado, desde el punto de vista estructural, entre los derechos sociales y los de libertad, o entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos. Los estudios adelantados sobre esta cuestión han puesto de manifiesto la relatividad de esta distinción y lo erróneo de tal contraposición,¹⁶ la cual ha quedado reducida a la identificación de ciertos acentos o énfasis en la virtualidad o eficacia jurídica de los derechos. De ahí la utilidad del reconocimiento de las distintas dimensiones, funciones o facetas de los derechos fundamentales, que perforan los compartimientos en los que se ha pretendido distribuirlos, lo que no excluye una clasificación general de los derechos que tenga en cuenta los aspectos estructurales o funcionales preponderantes. En ciertos derechos sociales predomina o, si se prefiere, resulta distintiva la dimensión prestacional. Los derechos clásicamente configurados como derechos de libertad o de defensa pueden desplegar también una dimensión prestacional, pero en ellos pesa más, o está en un primer plano, la faceta abstencionista. El análisis de la estructura normativa de los derechos sociales ha ayudado a comprender mejor la estructura de los derechos en general y ha permitido visualizar con mayor agudeza los elementos y problemas comunes a todos ellos. No puede afirmarse que las dificultades relacionadas con la operatividad jurídica de derechos que se traducen en obligaciones de carácter prestacional sean exclusivas de los derechos sociales. Está claro que de derechos clásicos de libertad emanan

15 *Vid.*, con más referencias, Casal, Jesús M., *Los derechos humanos y su protección*, Caracas, UCAB, 2006, pp. 233 y ss.

16 *Vid.*, por todos, Courtis, Christian y Abramovich, Víctor, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

cargas prestacionales para el Estado, como ha quedado evidenciado en los sistemas que han eludido la consagración expresa de derechos sociales o han querido dar a estos un tratamiento marginal o secundario desde la óptica de su garantía jurídico-institucional, pero que han terminado admitiendo la plena eficacia, incluso subjetiva, de importantes contenidos prestacionales del derecho a la vida o de la dignidad humana. De igual forma, de los derechos principalmente prestacionales nacen obligaciones de respeto o abstención semejantes a las de los derechos de libertad típicos.

El marcado contraste tradicional entre los derechos de libertad y los derechos sociales parecía confundir la diferencia entre la idea original principalmente inspiradora de cada grupo de derechos y la estructura y operatividad jurídica de cada uno. Ello porque, ciertamente, los clásicos derechos de libertad, emparentados con el individualismo y el racionalismo filosófico de los siglos XVII y XVIII, respondían a un modelo de persona, de sociedad y de Estado muy distinto del que vio nacer a los derechos sociales. Sin embargo, la diferencia no radicaba tanto en la estructura de los derechos, aunque tuviera en ella una manifestación apreciable, cuanto en la concepción dominante sobre lo estatal y lo individual; lo público y lo privado. Uno de los derechos liberales más importantes en esa etapa gestacional de los derechos del ser humano era el derecho a la seguridad¹⁷ en el disfrute de la vida y de los propios bienes, el cual tenía obviamente una dimensión fundamentalmente prestacional (*lato sensu*), la cual quedaba no obstante un tanto opacada por los principios sustantivos en los que ese derecho se sustentaba, referidos a la libertad y seguridad en el disfrute de los bienes que cada cual pudiera cobijar bajo el derecho de propiedad.

En cambio, los derechos sociales surgieron de la mano de las preocupaciones por la cuestión social y la explotación de los trabajadores en el contexto de la industrialización, lo cual explica que dentro de esta oleada de los derechos se encuentre la libertad sindical o el derecho de huelga, estructuralmente afines a los derechos de libertad. Lo cierto es que el enriquecimiento o acumulación conceptual ocasionado por esta segunda oleada de los derechos inherentes al ser humano abrazó a los propios derechos liberales, cuyas dimensiones prestacionales afloraron o adquirieron una significación distinta en la nueva realidad y en la nueva concepción, vinculada a la noción del Estado social de derecho o del constitucionalismo social, en donde sigue presente la exigencia primordial

17 Según la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

de autonomía individual y de libertades fundamentales, pero esta se encuentra imbricada con la consideración de las condiciones materiales de vida. Las tensiones ínsitas a este entrecruzamiento son diversas y hallan también un reflejo en el campo de los derechos.

Admitida pues la relatividad de la distinción estructural, la discusión sobre la fuerza jurídica de ciertos derechos sociales se centra en precisar la operatividad y, en particular, los términos de la justiciabilidad de los derechos prestacionales o de las facetas prestacionales de los derechos. Luego, volveremos sobre este asunto. Por ahora interesa señalar que en este punto convergen muchas de las dificultades o reservas antes formuladas en un plano más abstracto y definitorio, que aquí se plantean de esta forma: si se reconoce un derecho social de manera genérica o indeterminada, será muy difícil articular, con base en el mismo, demandas o pretensiones ante los tribunales, a menos que se haya producido un desarrollo legislativo que dote a ese derecho de contenido concreto.

Los estudios doctrinales han dejado atrás la dicotomía de todo o nada en relación con la justiciabilidad. En particular, es indudable que puede acudir a mecanismos judiciales de defensa de la Constitución para controlar leyes que impidan el disfrute de derechos sociales genéricamente formulados, que desmonten injustificadamente niveles de protección alcanzados, o que puedan considerarse claramente insuficientes desde la perspectiva constitucional. También cabe activar instrumentos procesales dirigidos a tutelar judicialmente derechos sociales que han sido objeto de regulación legal, con el propósito de asegurar la observancia de la normativa dictada, o de evitar vulneraciones del derecho a la igualdad. El problema comienza cuando el legislador no ha actuado en modo alguno, pero existen o surgen situaciones en las cuales se desconoce un derecho de tipo prestacional. O, cuando existiendo la ley, se demanda ante el juez algo más o algo distinto de lo que la ley otorga.

La tendencia de varios ordenamientos latinoamericanos consiste en permitir la intervención judicial aun a falta de ley o más allá de lo dispuesto en esta o en las normas sublegales de desarrollo, dadas ciertas condiciones de necesidad o urgencia, o de severidad de la afectación, no siempre explicitadas ni precisas. La orientación alemana y de otros sistemas europeos apunta, por el contrario, en el sentido de ejercer control de constitucionalidad sobre las leyes tomando como parámetro facetas prestacionales iusfundamentales ligadas a la protección de la dignidad humana y a otros derechos fundamentales, cuyo reconocimiento manifiestamente insuficiente puede sustentar la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, junto con los correspondientes mandatos al legislador relativos a la revisión de las prestaciones inicialmente acordadas. También se admite la extensión, incluso mediante sentencia, de beneficios o prestaciones a sectores

indebidamente excluidos, a veces de manera tácita, del ámbito de aplicación de una ley, con base en la vulneración del derecho a la igualdad, en conexión con el postulado del Estado social o con la dimensión prestacional de derechos de libertad. En estos sistemas, en cambio, existe resistencia a la aceptación de pretensiones subjetivas invocables directamente ante los jueces, en ausencia de ley o al margen de ella, con apoyo en derechos originarios a prestaciones deducibles de la Constitución.¹⁸ En todo caso, se admiten vías de judicialización que aseguran una tutela jurisdiccional de derechos prestacionales, como se verá.

Este es un terreno donde el derecho internacional de los derechos humanos tiene igualmente algo que decir, pues los tratados vigentes sobre la materia imponen obligaciones que pueden comprender la necesaria justiciabilidad de tales derechos o de algunos de sus contenidos. Sin perjuicio de lo que luego comentaremos sobre las implicaciones de estos tratados, conviene reproducir lo afirmado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General núm. 9 al respectivo Pacto Internacional, la cual se refiere a las consecuencias del deber estatal de garantía efectiva de los derechos allí consagrados:¹⁹

[V]arios principios se derivan del deber de dar efectividad al Pacto, por lo que han de respetarse. En primer lugar, los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. Para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad (véase párrafo 10 *infra*). En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta qué medios han resultado más eficaces en el país de que se trate para garantizar la protección de otros derechos humanos. Si los medios utilizados para dar efectividad al Pacto difieren significativamente de los utilizados para dar efectividad a otros tratados sobre derechos humanos, debe haber una razón imperiosa para ello, teniendo en cuenta que las formulaciones utilizadas en el Pacto son, en gran medida, comparables a las de los tratados sobre derechos civiles y políticos.

Ello milita nuevamente en la dirección de relativizar, ahora desde la óptica de la operatividad jurídica y justiciabilidad, la distinción entre los derechos sociales (DESC) y los derechos civiles y políticos. Esto resulta confirmado por el citado Comité cuando asevera con claridad meridiana, en la misma Observación General, que:

18 Vid. Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda, Ernst y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, IVAP - Marcial Pons, 1996, pp. 96-97.

19 Observación General núm. 9, *La aplicación interna del Pacto*, E/C.12/1998/24.

En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación General Nº 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 y del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). 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 sociedad.

Por tanto, una dicotomía entre derechos de libertad y derechos sociales que relegue globalmente a los segundos al campo de la apreciación y decisión discrecional de los órganos político-legislativos, no sería compatible con las obligaciones internacionales de los Estados partes. Esto nos coloca ya en el umbral de la siguiente temática objeto de reflexión.

3. La garantía internacional de los derechos humanos

Muchos de los progresos teóricos alcanzados en materia de derechos sociales se deben a los aportes del derecho internacional de los derechos humanos. Un

aspecto que debe ser subrayado es que, en este ámbito, el derecho internacional ha adoptado posiciones particularmente orientadoras. A diferencia de lo ocurrido con varios derechos civiles y políticos, en torno a los cuales el contenido del derecho y el correlativo alcance de las obligaciones estatales no ha sido objeto de especial discusión, los derechos económicos, sociales y culturales, o derechos sociales suscitaron ya en el plano constitucional, antes pues de considerar el marco normativo internacional, intensos debates que han quedado en alguna medida esbozados, los cuales luego continuaron bajo el prisma de la regulación internacional. Lo singular en este caso es que organismos internacionales encargados de la protección de estos derechos (DESC) abordaron desde el comienzo los puntos críticos o nudos gordianos de la discusión relativa a la naturaleza y operatividad de tales derechos y fijaron pautas fundamentales para la conducción de esta discusión. Es digna de mención la tarea cumplida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que a través de sus Observaciones Generales al Pacto Internacional respectivo y del examen periódico de los informes nacionales ha sentado criterios primordiales para la garantía de estos derechos. Y lo mismo puede decirse de conferencias internacionales y reuniones de expertos referidas al tema.

Sería imposible resumir aquí todas las contribuciones de fuente internacional sobre el asunto que nos ocupa, pero pueden mencionarse algunas de las más relevantes. En primer lugar, haber puesto de manifiesto las obligaciones generales de los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las cuales comprenden los deberes de respetar, proteger y realizar (facilitar y hacer efectivos) tales derechos, así como las implicaciones concretas de cada una; en segundo lugar, haber develado las obligaciones de cumplimiento inmediato derivadas de estos derechos y la existencia de un contenido mínimo que todos los Estados deben, salvo excepciones sujetas a condiciones muy estrictas y a un severo escrutinio, satisfacer; y, en tercer lugar, haber explicitado las consecuencias de la progresividad prescrita en el Pacto y del mandato de emplear hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr la plena efectividad de estos derechos. Lo anterior, sumado a sus esfuerzos por preservar la unidad de los derechos humanos,²⁰ evitando escisiones artificiales frecuentemente dirigidas a justificar niveles inferiores de protección para los derechos sociales, a lo cual ya se aludió.

20 Vid. Bazán, Víctor, "Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano", *Anuario latinoamericano de derecho constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 548 y ss.

Una referencia particular merecen los pasos dados para consolidar la máxima de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, que cobra cada vez más significación en el contexto de procesos políticos nacionales que han pretendido relegar a un segundo plano los derechos civiles y políticos para desarrollar los derechos sociales (DESC), o a la inversa.

Estos avances generados e impulsados desde el derecho internacional de los derechos humanos deben ser observados en el ámbito nacional, siendo de gran importancia el papel que cada ordenamiento reconozca a los tratados internacionales de derechos humanos y a las decisiones y criterios de los organismos respectivos. La acogida en muchos sistemas latinoamericanos del bloque de constitucionalidad en materia de derechos, o del bloque de derechos humanos, favorece el aprovechamiento de esos aportes.

III. ALGUNAS DIFICULTADES O ZONAS DE TENSIÓN

Seguidamente se examinarán algunas dificultades para el adecuado tratamiento jurídico-dogmático de los derechos sociales o para su realización.

1. El papel de la ley y los términos (o parámetros) de la justiciabilidad

Afirmar la justiciabilidad de los derechos sociales, como ya se hizo, no significa desconocer los problemas especiales que esta puede suscitar, comparada con la que es característica de la faceta abstencionista de los derechos de libertad o de los propios derechos sociales.

Los aspectos más controvertidos se relacionan, como antes apuntamos, con la posibilidad de que los tribunales, para proteger derechos sociales, ordenen el cumplimiento de prestaciones deducibles directamente de la Constitución, en ausencia de desarrollo legislativo o al margen del mismo. Normalmente, o en principio, es el legislador el llamado a precisar las prestaciones exigibles en materia de derechos sociales, las cuales pueden tener importantes implicaciones económicas y, por lo tanto, presupuestarias. No es conveniente generalizar, pero al menos en el supuesto de los derechos denominados prestacionales en sentido estricto, directamente referidos al otorgamiento de prestaciones a cargo del Estado respecto de un número comúnmente indeterminado de beneficiarios, se plantean problemas de distribución de recursos escasos, de fijación de prioridades y, a fin de cuentas, de diseño y ejecución de políticas públicas. La primacía o preferencia de la intervención legislativa en tales materias es la regla, pues se aviene con el principio democrático y con el reparto de funciones entre los jueces

y las instancias políticas (el poder ejecutivo y el poder legislativo), lo cual está asociado a la división de los poderes propia del Estado de derecho.

La regulación legislativa en este campo es relevante no solo frente a los jueces sino, muy especialmente, frente a la administración y al Gobierno. A menudo ocurre en nuestro medio que el poder ejecutivo decide discrecionalmente el destino de los recursos dirigidos a satisfacer necesidades sociales vinculadas a derechos de igual signo. No se ha desarrollado una conciencia sobre la importancia del principio de la legalidad en materia de subvenciones o prestaciones, como la existente en el ámbito de la administración sancionadora o interventora. Esto favorece los procesos de clientelismo político y de instrumentalización de la política social, siendo este otro de los desafíos que deben ser afrontados en América Latina, y que dejamos apenas enunciado.²¹

Sin embargo, de lo arriba expuesto no se infiere que los jueces no tengan nada que decir en el asunto, pues la arbitrariedad del poder debe ser susceptible de control, incluso en ese terreno, más aún cuando están en juego los derechos humanos. En determinadas circunstancias, los tribunales deben actuar de inmediato proporcionando la tutela judicial del derecho prestacional afectado, aun a falta de ley o ante la deficiente regulación del derecho. La jurisprudencia constitucional ilustra sobre las situaciones donde la intervención judicial directa, sin soporte legislativo, se hace necesaria. Es posible señalar, *grosso modo*, que los tribunales suelen intervenir ante la prolongada inactividad del legislador; la arbitraria interrupción de programas o prestaciones; la evidente insuficiencia de las prestaciones aseguradas legal o reglamentariamente; y, en general, las situaciones en las cuales esté en riesgo un mínimo existencial.²² El análisis detallado de la jurisprudencia nacional, comparada e internacional sobre la materia puede ser de gran utilidad para extraer criterios orientadores más precisos sobre la actuación de los jueces.

Antes se hizo mención a la diferencia existente entre la doctrina y jurisprudencia alemanas –y de otros países europeos– y la de varios ordenamientos latinoamericanos en el tratamiento de la justiciabilidad inmediata de derechos prestacionales. Conviene profundizar en los verdaderos alcances y los contextos sistemáticos de esta divergencia.

En América Latina prevalece una concepción según la cual la fuerza normativa de los derechos constitucionales conduce necesariamente, o al menos como

21 Al respecto *vid.* Courtis, Christian, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, en Carbonell, Miguel y otros, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 185 y ss.

22 Vid. algunas referencias jurisprudenciales en Casal, Jesús M., *op. cit.*, pp. 233 y ss.

regla, a admitir la actuación inmediata de los tribunales para la defensa o satisfacción del derecho afectado por alguna acción u omisión estatal. Ello está por lo general aunado a sistemas difusos o mixtos de control de constitucionalidad de las leyes, en los que la sujeción del juez a la ley pierde la radicalidad que ostenta normalmente en el modelo francés o europeo continental, a lo que contribuye también la institución del amparo constitucional, con las diversas denominaciones que recibe, que faculta a los tribunales para garantizar de manera directa la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, aun a falta de ley e incluso contra lo que ella disponga. Por otro lado, en algunos países de la región, la política social y los programas respectivos se desarrollan en buena medida con prescindencia de la ley, en un plano más gubernativo o administrativo.

Frente a esto, como ya se dijo, en el derecho alemán impera la visión según la que el legislador debe configurar el contenido de las prestaciones exigibles relacionadas con una norma constitucional de la cual se deriven obligaciones de esa índole. Ello con el trasfondo de una Constitución reacia a la consagración de derechos sociales o principalmente prestacionales.²³ De ahí que el reconocimiento de contenidos iusfundamentales o derechos de carácter prestacional haya sido producto principalmente de la jurisprudencia constitucional, que ha dejado a salvo la reserva del legislador en la determinación concreta de la medida positiva reclamable, cuya obra normativa queda no obstante sujeta a control de constitucionalidad. Las posibilidades de este control eran, en un comienzo, un tanto inciertas, de la mano de categorías como una reserva de lo posible que corresponde al legislador apreciar y dada la dificultad de canalizar procesalmente las respectivas posiciones subjetivas.²⁴ Pero la jurisprudencia se ha decantado en la dirección de reconocer la garantía judicial de derechos fundamentales prestacionales, al menos en relación con la protección de la dignidad humana.

Una sentencia demostrativa de esta orientación es la dictada el 9 de febrero de 2010 por el Tribunal Constitucional Federal alemán, relacionada con disposiciones del Código de la Seguridad Social que fueron declaradas contrarias al derecho a un mínimo existencial.²⁵ El asunto fue planteado ante dicho tribunal en virtud de cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas porque en tres procesos tramitados ante tribunales de la jurisdicción social se reclamaba el pago o reco-

23 Son prestacionales los derechos garantizados en el artículo 6, párrafo 4 (derecho de la madre a la protección y asistencia), y en el artículo 1, párrafo 1, frase segunda (derecho a la protección, no solo al respeto, de la dignidad humana), de la Ley Fundamental. Esta vertiente prestacional de la garantía de la dignidad humana se ha deducido al interpretar ese derecho en concordancia con el principio del Estado social (artículo 20, párrafo 1).

24 Vid. Sachs, Michael, *Verfassungsrecht II, Grundrechte*, Berlin, Springer, 2002, pp. 39 y ss.

25 BVerfG, 1 BvL 1/09 vom 9.2.2010.

nocimiento de prestaciones dinerarias en montos superiores a los establecidos en esa legislación. Lo anterior había sido negado en primera instancia, pero dio lugar, ante el tribunal de apelación o de revisión, en el primer caso con apoyo en la opinión de expertos, a que se elevara la cuestión de inconstitucionalidad, pues los tribunales correspondientes consideraban que la regulación era, en aspectos diversos, inconstitucional. El Tribunal Constitucional Federal estimó que algunos de los preceptos legales objeto del control eran violatorios de la Constitución.

Sin entrar en los detalles de la controversia, interesa subrayar que el Tribunal Constitucional Federal aseveró que había sido lesionado el “derecho fundamental a la garantía de un mínimo existencial resultante de la dignidad humana”, derivado del artículo 1, párrafo 1 (respeto y protección de la dignidad humana), en conexión con el artículo 20, párrafo 1, de la Ley Fundamental (principio del Estado social). Este derecho fundamental, que se traduce en una “pretensión prestacional constitucional inmediata”, fue calificado de “indisponible” por el legislador, sin perjuicio de que la formulación concreta de las prestaciones destinadas a proteger ese mínimo existencial es tarea del legislador, que cuenta con un importante campo de configuración normativa en la materia. Por otra parte, se reiteró que el control judicial correspondiente ha de limitarse, en lo que atañe al resultado o alcance específico de la prestación, a verificar si esta es evidentemente insuficiente, pero se agregó que este control de evidencia va acompañado de un control sobre la razonabilidad y transparencia del procedimiento o método seguidos para fijar la cuantía de aquella. Estos parámetros no se consideraron cumplidos en el caso examinado, lo que condujo a una declaración de (mera) inconstitucionalidad y a la fijación de un plazo dentro del cual las disposiciones afectadas debían ser revisadas por el legislador a través de un método aceptable. Ello, con la particularidad de que en el caso de normas que al reconocer ciertos beneficios partían de las situaciones regulares o promedio (lo cual no fue objetado por la sentencia), pero no comprendían los supuestos singulares de personas que tuvieran ciertas necesidades especiales adicionales asociadas a la garantía del mínimo existencial (lo que sí fue estimado inconstitucional), el Tribunal Constitucional Federal ordenó a la Federación dar cobertura a esas prestaciones superiores a las previsiones legislativas hasta la promulgación de la nueva regulación, según los criterios contenidos en ese fallo judicial.

Obsérvese que esta sentencia, si bien mantiene la posición de principio relativa al papel de los jueces y del legislador en esta materia, refuerza el anclaje constitucional subjetivo del derecho reconocido, al considerar la pretensión prestacional respectiva como inmediatamente constitucional. Además, la concretización de las prestaciones reclamables quedó ciertamente en manos del legislador, pero ello no impidió al Tribunal Constitucional Federal dictar una

orden provisional dirigida a asegurar, en las situaciones especiales señaladas, beneficios eventualmente superiores a los legalmente establecidos. A esto se añade un *iter* procesal donde la exigencia subjetiva inicial de mayores prestaciones pudo canalizarse mediante el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad por los jueces correspondientes. De esta forma, la aproximación alemana al problema de la justiciabilidad de derechos prestacionales en ausencia o por encima de la ley tiene algunos puntos de conexión con la perspectiva dominante en América Latina.

Junto a la determinación de las circunstancias en las cuales se justifica la intervención judicial aun en ausencia de ley, se ha planteado la importancia de definir parámetros para el ejercicio de la función jurisdiccional en estos supuestos y en el control de constitucionalidad de leyes que desconozcan derechos prestacionales, como criterios complementarios al de no discriminación u otros expresamente contemplados en la normativa constitucional e internacional. En este contexto, doctrinalmente se ha sostenido que el principio de proporcionalidad, visto como prohibición no ya de exceso sino de defecto o deficiencia en la actividad del poder público, puede ayudar a racionalizar la garantía judicial de los derechos prestacionales. Sin embargo, esta tesis no es del todo acabada y merecería un análisis más detenido.²⁶ Se ha llegado igualmente a señalar como criterio clave el de la posibilidad de dar universalidad a la prestación que se pide ante el tribunal en un caso concreto, lo cual ciertamente resulta sensato desde el punto de vista de la igualdad y la justicia distributiva y puede iluminar la tarea judicial en muchos casos, pero no son descartables supuestos en los que el juez deba actuar sin tener a su alcance elementos suficientes para medir el carácter universalizable de la prestación. Esto exigiría conocer el número de los potenciales necesitados y la cuantía de los recursos disponibles. En tales circunstancias, dejando a salvo casos extremos que justifiquen una actuación satisfactoria inmediata, deberían adoptarse soluciones que impliquen censurar la inacción o negativa considerada contraria al derecho, pero que encomienden a las instancias político-administrativas o técnicas la determinación de la prestación concreta exigible, bajo control judicial en fase de ejecución de la sentencia.

Un criterio relevante para la tutela judicial de los derechos sociales radica en la necesidad de preservar el contenido mínimo del derecho. Se trata de un contenido mínimo de prestaciones que en toda circunstancia debería ser satisfecho, como principio que bajo requisitos muy estrictos podría admitir excepciones. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha ocupado amplia-

²⁶ Vid., entre otros, Isensee, Josef y Kirchof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, V, 2000, pp. 232-233.

mente de este contenido, y la jurisprudencia constitucional peruana ha empleado el concepto del contenido esencial del derecho con una connotación similar, en relación con la protección de los derechos sociales a través del amparo. La noción de contenido esencial también ha sido empleada para referirse a un contenido mínimo del derecho que es inmediatamente operativo con independencia del desarrollo legislativo.²⁷

Están planteados también algunos retos desde el punto de vista procesal, que aquí solo mencionaremos, relativos al reconocimiento de acciones colectivas o de grupo, y a la creación de mecanismos que permitan afrontar un estado de cosas inconstitucional, o situaciones estructurales generadoras de violaciones de derechos humanos,** de lo cual se ha ocupado la Corte Constitucional colombiana.²⁸ Estos últimos instrumentos, que no se circunscriben a situaciones ligadas a derechos típicamente prestacionales, tienden a acentuar las tensiones entre el control judicial y el campo de atribuciones del legislador y del Gobierno.

2. Tratamiento de las colisiones entre los derechos sociales y otros derechos

En algunos ordenamientos, entre ellos el venezolano, se ha planteado con radicalidad una contraposición entre derechos sociales y derechos de libertad en el momento de resolver colisiones constitucionales. Estas situaciones, en principio, no deberían suscitar problemas distintos de los de cualquier otro conflicto entre derechos, pero adquieren singularidad en virtud de una errónea comprensión o deliberada adulteración del alcance de los derechos sociales. La complicación surge porque se pretende imponer la idea de que los derechos sociales, en razón de su conexión con intereses generales o necesidades colectivas, prevalecen *prima facie* o incluso *tout court* sobre los derechos individuales.

Una muestra de ello se encuentra en la reciente legislación arrendaticia venezolana, la cual, invocando el derecho humano a la vivienda y su significación colectiva, rompe completamente el equilibrio entre el arrendador y propietario

27 Vid. Nogueira, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, *Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2009, pp. 143 y ss.

** N. del ed.: Algunos temas enunciados en este segmento del texto (“estado de cosas inconstitucional”, “situaciones estructurales generadoras de violaciones de derechos humanos”) serán abordados con detenimiento en la segunda parte de la presente obra.

28 Vargas Hernández, Clara, “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado ‘estado de cosas inconstitucional’”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2003, pp. 203 y ss.

y el arrendatario. Se prohíben las medidas cautelares de secuestro de inmuebles arrendados y se prevé con carácter obligatorio un procedimiento administrativo previo a la demanda judicial de desalojo, quedando este último condicionado a que, en caso de falta de pago del canon arrendaticio, esta se prolongue durante cuatro meses y sea injustificada; además, se debe esperar, en ese o en cualquier otro supuesto de desalojo, a que las personas afectadas encuentren un refugio o vivienda transitoria. No sería pertinente entrar en los detalles de esta regulación, pero sí interesa destacar que la concepción de fondo que soporta esta normativa es la de la prevalencia abstracta o general de lo colectivo sobre lo individual o, en otras palabras, de ciertos derechos sociales sobre los derechos individuales. Esta confusión, más bien reconstrucción conceptual, oscurece la realidad de dos posiciones individuales enfrentadas: la del propietario y la del inquilino. Adicionalmente, el Estado hace valer esos derechos de proyección social o colectiva, pero no siempre asume las cargas de su satisfacción, pues llega incluso a asignar algunas de ellas a los particulares, sin compensación.

El Decreto-Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas²⁹ invoca como fundamento la obligación estatal de garantizar los derechos inherentes a la existencia humana, entre los cuales se encontraría –junto con el derecho a la vida, la alimentación, la salud y la educación– el derecho a la vivienda. Esta redacción tiende a privilegiar los derechos asociados a la procura existencial, lo cual se ve reflejado en el resto de la exposición de motivos y en el articulado del decreto-ley, en lo que respecta al derecho a la vivienda. Por su parte, la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Viviendas³⁰ enfatiza el “valor social” de la vivienda como derecho humano y declara el arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda como “de interés público general, social y colectivo”, lo cual pretende justificar las amplias atribuciones del Gobierno nacional en este ámbito y las severas restricciones impuestas al derecho de propiedad y a la libertad económica.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha estado en sintonía con esta orientación legislativa, al subrayar que lo relativo a la adquisición de viviendas es un asunto de interés social, lo cual brindaría fundamento a una reinterpretación de la legalidad y de obligaciones contractualmente asumidas, que apuntalaría la primacía de los derechos de esta índole. A la idea de la supuesta prevalencia general de los derechos o intereses sociales o colectivos sobre los derechos individuales se suma ahora la invocación de la vinculación del derecho

29 *Gaceta Oficial* núm. 39.668, del 6 de mayo de 2011.

30 *Gaceta Oficial* núm. 6.053 Extraordinario, del 12 de noviembre de 2011.

a la vivienda con la dignidad humana.³¹ Así ocurrió con la relativización de la prohibición de la retroactividad de la ley llevada a cabo al interpretar el artículo 23 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, la cual –dejando de lado la concreta regulación examinada– se intentó sustentar en que:

[...] el derecho fundamental a la vivienda, contenido en el artículo 82 constitucional, es un derecho vinculado directamente a la dignidad humana, que es un derecho sin condicionamientos, en virtud de lo cual puede afirmarse que es precisamente ese vínculo lo que le otorga el carácter fundamental por conexidad y, a su vez, constituye su núcleo duro que lo hace indisponible para el legislador y, más aún para el intérprete, de forma tal que no puede ser eliminado o desconocido, ya que lesionar el derecho a la vivienda conllevaría además afectar directamente el derecho a la dignidad humana y poner en peligro el desarrollo individual, familiar y social en detrimento de la existencia humana.³²

Y añade que:

[...] el derecho a la vivienda constituye un derecho fundamental intrínseco a la dignidad humana, que atiende al valor superior del Estado de preeminencia de los derechos humanos plasmado en la Carta Magna, específicamente en su artículo 2.³³

Esta comprensión de la conexión entre la dignidad humana y el derecho a la vivienda puede conducir a distintos equívocos. En particular, no cabe trasladar la garantía “sin condicionamientos” de la dignidad humana a aquel derecho con el intento de perfilarlo como absoluto o incondicionado, pues es posible que entre en colisión con otros derechos constitucionales, caso en el cual las pretensiones ligadas al derecho a la vivienda pueden verse obligadas a ceder en atención al derecho en conflicto. Si, en algunas circunstancias, el núcleo duro o contenido mínimo del derecho está en peligro, el Estado debe actuar para preservarlo, pero no puede colocar en cabeza de los particulares cargas gratuitas o excesivas que cercenen o desnaturalicen los derechos enfrentados. No debe perderse de vista, además, que esa dignidad es la fuente última del conjunto de los derechos humanos o fundamentales, inherentes al ser humano, y que en todos ellos es identificable un núcleo duro relacionado con ella.

31 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia núm. 835, del 18 de junio de 2009. *Vid.* también la Sentencia núm. 1.317, del 3 de agosto de 2011, de la misma Sala.

32 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia núm. 835, del 18 de junio de 2009.

33 *Idem.*

La tesis de la supremacía del interés colectivo relacionado con los derechos sociales sobre los derechos individuales, tal como ha sido entendida y aplicada por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, implicaría la aniquilación de estos últimos derechos y de la idea misma de los derechos fundamentales. El Estado normalmente apela a intereses públicos, generales o colectivos al adoptar medidas que afecten intereses particulares o libertades individuales, de modo que la aceptación de la superioridad de los primeros sobre los segundos, como regla para la solución de los conflictos que surjan entre ellos, los vaciaría de su fuerza normativa específica. Su condición de *triumfos frente a la mayoría* resultaría negada y caerían en la corriente común de los cálculos utilitarios o de conveniencia, pues se llegaría a la situación en la cual “el Gobierno está justificado para invalidar un derecho basándose en los fundamentos mínimos que serían suficientes si tal derecho no existiera”.³⁴

Ya hemos tenido oportunidad de examinar esa orientación jurisprudencial y sus peligros.³⁵ Importa ahora subrayar que el concepto de interés público, general o colectivo tiene que ser interpretado desde el prisma de un Estado democrático respetuoso de los derechos humanos, en los términos exigidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos, a partir de la noción de “sociedad democrática” que ellos consagran como limitación a las posibilidades de restricción mediante ley de los correspondientes derechos. Se impone, por lo tanto, una lectura que tenga en cuenta la unidad de los derechos humanos en un contexto democrático.³⁶ Desde esta óptica, los derechos individuales interesan también al bien común y, al mismo tiempo, este no puede perseguirse con prescindencia de aquellos. Igualmente, en el plano constitucional, la preeminencia de los derechos humanos no puede predicarse de algunos derechos en particular sino de todos los derechos de tal carácter.

El conflicto entre uno de los derechos de libertad y uno de los llamados derechos sociales queda sometido a los mismos parámetros de solución que rigen en materia de colisiones constitucionales, lo que implica que los derechos correspondientes concurren sin ninguna posición inicial de ventaja de los segundos sobre los primeros. Adicionalmente, los principios medulares del sistema de derechos fundamentales –según los cuales la libertad es la regla, y su restricción es la excepción–³⁷ conducen a que la injerencia estatal en derechos de libertad, que pretenda justificarse acudiendo

34 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 286.

35 Casal, Jesús M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Caracas, Legis, 2010, pp. 270 y ss.

36 *Ibid.*, pp. 328 y ss.; *vid.* también Risso Ferrand, Martín, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

37 *Vid.* Casal, Jesús M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

a la finalidad de proteger derechos prestacionales de relevancia general o colectiva, siga sujeta a las condiciones de licitud material aplicables a toda intervención estatal en los derechos fundamentales. Por lo anterior, las cargas de la argumentación y eventualmente de la prueba, es decir, de la justificación, recaen sobre el legislador restrictivo, y debe ejercerse un control tanto más intenso o estricto cuanto más severa sea la injerencia en la libertad, siendo el concepto de sociedad democrática el marco y, al mismo tiempo, un filtro adicional de tales limitaciones.

IV. COLOFÓN

La senda que se ha abierto gracias a la garantía constitucional e internacional de los derechos llamados sociales, no exenta de dificultades, ha hecho presente la Constitución y los derechos humanos en situaciones problemáticas concretas que afectan intereses vitales de las personas.

Concebida esta garantía como un proceso que compromete a las distintas ramas de la institucionalidad estatal, desde la función específica de cada una, y que propende a salvaguardar, en el marco de una democracia de libertades, condiciones básicas de existencia, es mucho lo que a través de ella puede lograrse para consolidar la democracia constitucional y la vigencia de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993.
- BAZÁN, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano”, *Anuario latinoamericano de derecho constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- CASAL, Jesús M., *Los derechos humanos y su protección*, Caracas, UCAB, 2006.
- CASAL, Jesús M., *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Caracas, Legis, 2010.
- CEPEDA, Manuel, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1997.
- COSSÍO, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, CEC, 1999.
- COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004.
- COURTIS, Christian, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, en CARBONELL, Miguel, y otros, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2007.
- HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en BENDA, Ernst, y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, IVAP - Marcial Pons, 1996.
- ISENSEE, Josef y KIRCHOF, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, V, 2000.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- NOGUEIRA, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, *Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2009, pp. 143 y ss.
- OSUNA PATIÑO, Néstor, *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1994.
- RISSE FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- SACHS, Michael, *Verfassungsrecht II, Grundrechte*, Berlín, Springer, 2002.
- VARGAS HERNÁNDEZ, Clara, “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado ‘estado de cosas inconstitucional’”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2003, pp. 203 y ss.