

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO: POR UNA ARTICULACIÓN COMPLEJA DE LAS RELACIONES ENTRE POLÍTICA Y DERECHO

Gerardo PISARELLO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Hipótesis conflictivas*. III. *Hipótesis cooperativas*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre el Poder Legislativo y la justicia constitucional son, en el momento actual, uno de los temas centrales de la teoría jurídico-política del Estado.¹ Abordar en un artículo breve el conjunto de estas relaciones resulta, de antemano, una pretensión imposible. Desde premisas más modestas, aunque no menos exigentes, el presente trabajo aspira a establecer una aproximación analítica a la cuestión, centrándola en un ámbito que la doctrina ha saturado pero desde luego no ha resuelto: el de los derechos sociales.²

Según una afirmación ampliamente difundida en el discurso jurídico, el carácter normativo de las Constituciones contemporáneas residiría en la existencia de un control jurisdiccional de las mismas, capaz de imponer su contenido, llegado el caso, a los propios poderes políticos encargados

1 Por razones de simplificación expositiva, la expresión de “juez” o de “juez constitucional” se utilizará para hacer referencia —salvo aclaración en contra— a cualquier órgano jurisdiccional que tenga potestad para pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la ley. Igualmente, cuando se hable del “legislador”, deben tenerse en cuenta las actividades “legislativas” del Poder Ejecutivo, sobre todo en sistemas presidencialistas.

2 Un estudio ampliado y más documentado de los puntos que aquí se analizan, pueden verse en Pisarello, G., *La garantía de los derechos sociales en la crisis del Estado social*, Madrid, 1999, en prensa. Acerca de la situación de “saturación” del tema de los derechos sociales y de la necesidad de nuevas perspectivas analíticas, *Vid.* Gomes Canotilho, J. J., “Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Madrid, núm. 6, 1998, p. 49.

de desarrollarla. De esta constatación se desprendería la posibilidad de eventuales conflictos entre los órganos jurisdiccionales encargados de custodiar el cumplimiento de la Constitución y los órganos políticos encargados de respetar o desarrollar su contenido o, dicho en términos más genéricos, entre derecho y política. Todo esto es más o menos conocido (y reconocido) y ha dado lugar a la consiguiente literatura especializada sobre las —así denominadas— “tensiones” entre el legislador y la justicia constitucional.³ Estas tensiones, a su vez, se han resuelto a menudo desde una doble consideración doctrinal.

De un lado, se situarían quienes, en un sentido amplio, sostienen que la primacía de la política sobre el derecho supone la de la democracia (derecho legislado) sobre los derechos (constitucionales) y parten, por lo tanto, de una hostilidad más o menos abierta hacia el funcionamiento y la existencia misma de la justicia constitucional; hostilidad que se basa, a su vez, en una preferencia (también más o menos abierta) por el Parlamento como lugar central y preferente de la vida jurídico-política del Estado, ya sea por razones profesionales (letrados, legisladores, políticos) o ideológicas (jacobinismo en sus diferentes versiones, desconfianza frente al carácter genéricamente conservador de la jurisdicción). Por otro lado, estarían quienes, también por razones profesionales (jueces, abogados en ejercicio, fiscales, asociaciones pro-derechos humanos) o ideológicas (desconfianza de la política representativa en sus distintas versiones: neoliberal, ingenua) postulan la primacía del derecho sobre la política, la cual, desde su perspectiva, debería traducirse en una subordinación de las mayorías legislativas a los derechos (constitucionales) jurisdiccionalmente protegidos.

Sumado a esto, habría que destacar que, a pesar de tratarse de posiciones ideales, siempre susceptibles de excepciones y matices en la práctica, ambas suelen discurrir en paralelo (o alejándose), lo que produce un aislamiento teórico por parte de grupos o familias académicas en el que los posibles hallazgos de una parte nunca pasan a la otra y viceversa, imposibilitando el diálogo y la discusión que, se supone, son la base del quehacer científico, más allá de la descalificación global de todo cuando proviene de la perspectiva contraria.

³ Vid., por todos, Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

Siendo grave esta dificultad, no es, sin embargo, la principal. La tara mayor que atenaza la labor científica en la opción por una u otra perspectiva es que ambas resultan poco informativas y, sobra decirlo, sólo desde una información correcta es posible emprender fundadamente una actuación en el marco jurídico-político. Por decirlo con la mayor simplicidad, la primera de las posturas suele partir de una suerte de falacia politicista que desdeña la influencia de las decisiones jurisdiccionales en la transformación del ordenamiento constitucional. Es decir, aunque se preocupe de los tribunales como instituciones, poco o nada dice sobre el contenido o la relevancia de sus sentencias. La segunda de las posturas, por el contrario, suele afirmarse en una falacia juridicista que tiende a reducir el funcionamiento del ordenamiento constitucional a las decisiones jurisdiccionales. O sea, que aunque se preocupan del contenido de las sentencias, tienden a “normalizar” la función político institucional de los tribunales, ocultando su funcionamiento real y sus límites tras una descripción idealizada, o bien prestando una justificación insuficiente de muchas de sus actuaciones. Estas restricciones, así expresadas, suponen, a todas luces, una reducción ilegítima del campo de análisis y un más que probable fracaso a la hora de una interpretación global del fenómeno de la justicia constitucional.

Así las cosas, el presente artículo procurará superar esta situación, ofreciendo, en los términos que a continuación se expondrá, un marco teórico de análisis general. La elección de los derechos sociales como campo específico de aplicación de este marco responde a razones tanto teóricas como prácticas. Por un lado, porque los derechos sociales constituyen el aporte acaso más relevante del constitucionalismo del siglo que fenece. Desde el punto de vista de la legitimidad política y ética de todo ordenamiento jurídico, representan una suerte de punta de lanza y entrañan retos mayores para los operadores constitucionales en la medida en que inciden sobre el modelo socioeconómico. Por otra parte, porque, paradójicamente, a la relevancia institucional y social de la constitucionalidad de estos de derechos se opone una llamativa pobreza en el desarrollo de los mecanismos de protección de los mismos, lo que a su vez suele traducirse en una actitud confusa o resignada de la doctrina y de la jurisprudencia a la hora de explicar o de ocultar dicha carencia. En buena medida, como se intentará mostrar, este estado de cosas proviene de la asunción apriorística de una distinción tajante entre los derechos sociales

ámbito de prolongación de la lucha política por otros medios), lo cual, como es obvio, determina a su vez un uso muy restringido de estas facultades con el objeto de no sobrecargar la inestabilidad del andamiaje institucional en su conjunto. En el modelo típico de control difuso, en cambio, el grado potencial de conflicto, al menos en las instancias jurisdiccionales inferiores, es menor, y por lo tanto, susceptible, en términos generales, de ser utilizado con más frecuencia. Así, en la medida en que los jueces sólo actúan frente a casos concretos, inaplicando, con efecto *inter partes*, las normas que consideran inconstitucionales, el impacto de sus decisiones sobre la decisión política en cuestión suele atenuarse, o al menos diferirse, lo que a su vez permite una mayor asimilación de esa actuación jurisdiccional por parte del sistema en su conjunto.⁵

Así, de acuerdo al esquema aquí propuesto, las hipótesis conflictivas coinciden con aquellos casos de activismo jurisdiccional, esto es, cuando los jueces no se limitan a actuar de manera deferente con el poder político, sino que procuran hacer valer una decisión diferente, cualquiera sea la intensidad de esta discrepancia. Desde una posición dirigida a maximizar la vigencia de los derechos, estas hipótesis activistas entrañan, como se verá, riesgos y potencialidades. Riesgos, en la medida en que un activismo conservador podría valerse de una interpretación constitucional regresiva para frustrar intervenciones políticas socialmente progresivas. Potencialidades, en la medida en que, a su vez, un activismo progresivo permitiría neutralizar o, al menos, deslegitimar los intentos de derrocamiento del contenido normativo de una Constitución social a través de medidas políticas restrictivas, justificadas bajo el paraguas de la “discrecionalidad legislativa”. Dicho esto, procede enumerar las principales hipótesis de conflicto entre órganos.

1. Desarrollo legislativo que maximiza los derechos + activismo jurisdiccional que los minimiza

En un primer supuesto, cabría analizar aquellas hipótesis en las que el legislador impulsa una legislación social que maximiza la vigencia de los derechos sociales y los jueces declaran su inconstitucionalidad, basándose, por ejemplo, en la aplicación de otros preceptos constitucionales

⁵ Como es evidente, se trata de dos modelos, el concentrado y el difuso, presentado en sus formas puras. Sin embargo, numerosas Constituciones contemporáneas prevén sistemas mixtos con diferentes vías de acceso y de control, así como distintos efectos para las decisiones jurisdiccionales.

en tensión, como la protección de la propiedad privada o la libertad contractual.

Históricamente, este caso encuentra una plasmación prototípica en el contexto norteamericano de crisis del Estado liberal y transición hacia un Estado social residual. Como es de sobra sabido, hacia la década de los años treinta, F. D. Roosevelt procuró llevar adelante un audaz proyecto de reformas sociales y de regulación de la economía para sofocar la depresión. Su intento, sin embargo, se estrelló contra la Corte Suprema que, entre 1934 y 1936, declaró inconstitucionales once leyes del Congreso que pretendían imponer el llamado *New Deal*. Siguiendo la línea dominante del llamado *Tribunal Lochner*, se utilizó la cláusula del “debido proceso” de las enmiendas V y XIV con el objeto de proteger los derechos de propiedad y supervisar la legislación social.⁶ El conflicto llegó a un punto tal que Roosevelt amenazó con aumentar el número de miembros de la Corte para obtener una mayoría favorable. Finalmente, el presidente fue reelegido con una holgada victoria electoral. El espaldarazo en las urnas se convirtió en una suerte de refundación constitucional que acabó por torcer el rumbo de las sentencias del Tribunal Supremo.

Como es evidente, se trata de un caso en el que la relación entre ambos órganos deviene altamente conflictiva. Los jueces, alegando su carácter de “custodios de la Constitución”, acaban convirtiendo a ésta en “Constitución de los custodios” y se sitúan en posición de frustrar un programa garantista desde el punto de vista social.⁷ Es precisamente el antecedente norteamericano el que explica buena parte de las críticas que, en sede teórica, se han dirigido al excesivo protagonismo jurisdiccional, así como la insistencia en su carácter contramayoritario en relación con el Parlamento o el propio Ejecutivo.⁸

En principio, al menos desde el punto de vista normativo, las posibilidades de éxito de este tipo de intervención jurisdiccional han disminuido con la incorporación explícita de derechos y mandatos sociales en algunas Constituciones nacionales, particularmente a partir de la postguerra, y con la admisión, por parte de los Estados, de normativas interna-

6 Vid., entre otros, Dorado Porras, J., *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 12 y ss.

7 Vid. Portinaro, Pier Paolo, “Dal Custode della Costituzione alla Costituzione dei Custodi”, en Gozzi, Gustavo (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione*, Boloña, Il Mulino, 1997.

8 Empezando por el temprano ensayo de Lambert, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, París, 1921.

cionales de protección de esta clase de derechos. Al menos desde el punto de vista positivo, estas normas han pasado a desempeñar una función de *habilitación* o de *cobertura* normativa de ciertas políticas sociales, debilitando las posibles objeciones de inconstitucionalidad por parte de los órganos jurisdiccionales.⁹ Este avance normativo, sin embargo, debe matizarse por la concurrencia de otros dos procesos de signo inverso. Por un lado, el progresivo vaciamiento de los Parlamentos nacionales como ámbito de decisión de las principales políticas públicas y su desplazamiento hacia órganos con escaso o nulo control político o jurisdiccional (bancos centrales, organismos financieros, etcétera). Por otro, el resurgimiento de un cierto constitucionalismo de tipo mercantil en ámbitos supranacionales (a nivel europeo, por ejemplo, con el entramado jurídico resultante, en conjunto, de los Tratados de Maastricht y Amsterdam), susceptible de introducir nuevas tensiones entre el legislador nacional y los órganos jurisdiccionales supranacionales en materia de derechos y políticas sociales.

2. *Desarrollo legislativo que minimiza los derechos + activismo jurisdiccional que los maximiza*

Se trata de la hipótesis opuesta a la anterior. Aquí es el legislador quien, esgrimiendo su discrecionalidad política para desarrollar el programa constitucional, desmantela derechos y políticas sociales. Los jueces constitucionales, por su parte, procuran bien mantener el nivel de las prestaciones existentes, expulsando o declarando la inaplicabilidad de las normas o preceptos restrictivos, o bien extender su cobertura a colectivos irrazonablemente omitidos. En el segundo caso, se estaría ante una situación de inconstitucionalidad relativa. En el primero, de inconstitucionalidad absoluta.

La inconstitucionalidad relativa viene dada, en este caso, por un desarrollo legislativo de derechos sociales irrazonablemente parcial o, si se

⁹ Así, por ejemplo, en el caso *James y otros*, de febrero de 1986, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo, en relación con el derecho a la vivienda, que “la eliminación de lo que se consideran injusticias sociales es un ejemplo de las funciones de una legislatura democrática”. Y que, en ese sentido, “el margen de apreciación [del legislador] es lo suficientemente amplio como para dar cobertura a una legislación dirigida a garantizar una mayor justicia social en la esfera de la vivienda de las personas, incluso cuando dicha legislación interfiera con relaciones contractuales entre privados y no confiera un beneficio directo al Estado o la comunidad en general”. *Id.* Scheinin, Martin, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, en Eide, Asbjorn; Krause, Caterine y Rosas, Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 41 y ss.

prefiere, por una omisión irrazonablemente parcial. En lo que respecta a los derechos sociales, se estaría ante un supuesto en el que el legislador concede prestaciones de forma desigualitaria y discriminatoria, excluyendo arbitrariamente a ciertos sujetos, o bien prevé una privación desigualitaria de las mismas, lo que afecta irrazonablemente a determinados sujetos y eximiendo a otros.¹⁰

En el sistema italiano, por ejemplo, y también, aunque en menor medida, en otros como el español, este tipo de vulneración constitucional ha sido resuelto mediante las llamadas *sentenze additive o aggiuntive*, variantes a su vez del género más amplio de las denominadas *sentenze manipulative*.¹¹ Mediante las sentencias aditivas de prestación, los jueces, en cumplimiento del principio de igualdad, determinan, en lugar de la expulsión o inaplicabilidad de la normas o preceptos restrictivos de derechos prestacionales, su extensión a determinadas categorías de sujetos (funcionarios públicos, pensionistas, etcétera) ilegítimamente excluidos a juicio de los tribunales. En otras palabras, frente a la alternativa de expulsión o interpretación conforme a la Constitución, los jueces emiten sentencias, no tanto caprichosas como *a rime obbligate*, esto es, exigidas por el propio ordenamiento positivo; especialmente, por el principio de igualdad formal y por el de no discriminación.¹² También en el ordenamiento norteamericano, principalmente a partir de los Tribunales Burger

10 Por ejemplo, el Estado incurriría en una discriminación arbitraria y violaría el derecho a la vivienda si admitiera que las viviendas modestas pertenecientes a personas de bajos recursos fueran demolidas y reemplazadas por viviendas de lujo que estuvieran fuera del alcance económico de los habitantes originales, sin ofrecerles acceso a viviendas alternativas en términos razonables. Sobre la protección de los derechos sociales a través del derecho a la no discriminación y el debido proceso, *vid.* Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en Abregú, M. y Courtis, C. (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, pp. 310 y ss.

11 Para el caso italiano, *vid.* Bongiovanni, Giorgio, "Diritti sociali e giurisprudenza della Corte Costituzionale: il rapporto corte/potere legislativo nel mutamento costituzionale", *Democrazia, diritti, costituzione*, pp. 341 y ss. Para el caso español, *vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 103/1983, sobre pensiones de viudez, la STC 20/1985, sobre subvenciones a centrales sindicales, o la STC 116/1987, sobre prestaciones asistenciales a ex miembros del ejército republicano durante la guerra civil.

12 Según la sentencia 125/1988 de la Corte Costituzionale italiana, las sentencias aditivas de prestación que comportan un incremento de gastos resultan admisibles sólo "cuando la Corte procede a una extensión lógicamente exigida y a menudo implícita en la potencialidad interpretativa del contexto normativo en el que se encuentra inserta la disposición impugnada. Cuando en cambio se perfila una pluralidad de decisiones, derivada de posibilidades diversas de evaluación, la intervención de la Corte no es admisible, y la elección relativa compete únicamente al legislador". *Vid.* *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, pp. 422-423.

y Warren, la cláusula de igualdad y el debido proceso sustantivo pasaron a operar con un estándar de constitucionalidad más estricto (*strict scrutiny*) cuando existiera una “clasificación sospechosa”, por ejemplo, por razones económicas o de raza, convirtiéndose así en un parámetro, no ya de minimización, sino de maximización de derechos sociales.¹³

En los casos concretos, sin embargo, la evaluación y caracterización de esta hipótesis resulta más problemática de lo que puede resultar a simple vista. La afirmación de que la intervención parcial del legislador minimiza la vigencia de los derechos sociales depende mucho del colectivo cuyo punto de vista se adopte. En efecto, si la norma que prevé la atribución de una serie de prestaciones sociales a un determinado colectivo se analiza desde el punto de vista de los sujetos excluidos de dicha previsión, bien podría decirse que la intervención del legislador es arbitrariamente discriminatoria y que, por lo tanto, minimiza derechos sociales. En cambio, si la misma norma se analiza desde el punto de vista de los sujetos beneficiarios de la prestación (piénsese en el caso de colectivos considerados especialmente vulnerables: mujeres, inmigrantes, ancianos, etcétera), la intervención del legislador podría reputarse como maximizadora de derechos y, en su caso, como constitucionalmente habilitada.¹⁴

En última instancia, la legitimidad de la discriminación realizada por el legislador dependería de un juicio de *razonabilidad*, que los tribunales deberían llevar adelante para establecer si se ha vulnerado o no el principio de igualdad. Como es evidente, no siempre resulta fácil deslindar aquellos casos en los que el juicio de razonabilidad se convierte en un juicio de oportunidad o de mérito, en principio vedado a la jurisdicción por integrar el ámbito de lo “políticamente decidible”. Quizá sea esta dificultad, precisamente, la que ha llevado a ciertos sectores de la doc-

13 Así, por ejemplo, a partir de *Griffin vs. Illinois*, 351 US 12, de 1956, o en casos como *Williams vs. Illinois*, 399 US 235, de 1970; o *Bounds vs. Smith*, 430 US 817, 1977. Sobre esta cuestión, sigue valiendo la pena consultar el estudio de Michelman, F., “Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment”, *Harvard Law Review*, 7, 59, 1969.

14 Más aún, un mismo caso podría, según el punto de vista adoptado, reputarse como una hipótesis conflictiva o cooperativa. Así, si se considera que el legislador minimiza los derechos sociales al restringirlos a determinados grupos, el activismo jurisdiccional que los extiende a otros colectivos entraría en conflicto con dicha intervención, configurándose así una hipótesis en la que DL (-) AJ (+). En cambio, si se considera que, al conceder ciertos derechos sociales, el legislador los maximiza, aunque los restrinja a ciertos colectivos (por ejemplo, porque los considera especialmente vulnerables) el activismo jurisdiccional, también extensivo, supondría una profundización cooperativa de la intervención del legislador, configurándose así una hipótesis del tipo DL (+) AJ (+).

trina a cuestionar las sentencias manipulativas como una ilegítima intrusión de los jueces en las facultades presupuestarias del legislador.¹⁵

De este modo, vuelven a desempolvarse, esta vez desde una concepción de la Constitución inspirada en un modelo “procedimental débil”, las advertencias acerca del “gobierno de los jueces”, o de los fundamentos “contramayoritarios” de la jurisdicción constitucional.¹⁶ No ya para sortear impedimentos jurisdiccionales a un programa extensivo de derechos sociales, sino, por el contrario, para evitar cualquier tipo de control jurídico a las políticas dirigidas a dismantelarlos.

Por otro lado, tratándose de un desarrollo legislativo minimizador de derechos sociales absolutamente inconstitucional, los problemas que deberían resolverse no serían menos.

En principio, una política legislativa dirigida a reducir políticas sociales existentes vulneraría el valor *obstativo* o *impeditivo* de los derechos sociales constitucionales, así como el principio de *no reversibilidad* de las políticas públicas constitucionalmente estipuladas.¹⁷ Frente a la misma, y desde un punto de vista estrictamente normativo, los derechos sociales constitucionales pasarían a operar, al igual que los derechos civiles clásicos, como derechos *negativos* o *reactivos*, obligando a la jurisdicción constitucional a expulsar o inaplicar, según el sistema de control, las normas o disposiciones que comportasen su ilegítimo dismantelamiento.¹⁸

15 Una expresión de este cambio se refleja en la irrupción, en el constitucionalismo italiano, de las llamadas *sentenze additive di principio*. En virtud de las mismas, los jueces no manipulan ya por sí mismos la norma juzgada inconstitucional, extendiendo el ámbito de aplicación de las prestaciones por ella prevista. En cambio, indican al legislador la necesidad de que proceda a una homogeneización concreta de la materia, estableciendo, paralelamente, un término para su realización. Se trataría, en suma, de una evolución hacia una posición más deferente de la jurisdicción, sobre todo teniendo en cuenta las consecuencias presupuestarias que podrían derivarse de su activismo. Para este tipo de soluciones en la jurisprudencia italiana, *vid.* las sentencias de la Corte Constitucional italiana 295/91; 88/92 o 243/93. *Cfr.* Bongiovanni, G., “Diritti sociali e giurisprudenza”, pp. 352 y ss.

16 Como modelo constitucional, el “procedimentalismo débil” vendría caracterizado, fundamentalmente, por las siguientes intuiciones: a) primacía de la idea de apertura constitucional; b) presunción fuerte de constitucionalidad de la actuación legislativa; c) restricción *a priori* del papel de los jueces, y d) minimización del valor normativo de los derechos sociales constitucionales. *Vid.*, al respecto, Pisarello, G., *La garantía de los derechos sociales en la crisis del Estado social*.

17 Una primera aproximación a la cuestión de la reversibilidad en Ojeda Marín, Alfonso, *Estado social y crisis económica*, Madrid, Editorial Complutense, 1996, pp. 91 y ss.

18 Según Abramovich y Courtis, una norma que reglamenta o implementa un derecho social sería regresiva respecto de otra cuando, en principio, “el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el derecho interno antes de la sanción de esa norma. Esto es, cuando la norma impugnada limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga condiciones que con anterioridad no debían sortearse”. *Vid.* Abramovich y Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos”, p. 347.

Como puede verse, se trataría de una hipótesis en la que, lejos que demandarse un aumento de la intervención burocrática en la sociedad civil, lo que se exige es una abstención. Más aún, desde algunas posiciones doctrinales, se ha sostenido que la expectativa de prestaciones sociales generadas por el Estado a lo largo del tiempo resultarían asimilables al derecho de propiedad y que, por lo tanto, una restricción por parte del legislador debería, en todo caso, generar una indemnización similar a la exigible en casos de expropiación.¹⁹

Es verdad que, desde un punto de vista realista, las posibilidades de este tipo de estrategia jurisdiccional, al menos en sus versiones más radicales, se enfrentan con límites evidentes. Por un lado, en razón de la propia orientación sociológica de la jurisdicción, que en términos generales sigue respondiendo a impulsos más bien conservadores, a pesar de la efectiva democratización que en numerosos Estados han experimentado en las últimas décadas. Por otra parte, por razones de realismo institucional. Un control sistemático de las políticas sociales impulsadas en sede legislativa comportaría una sobrecarga de los órganos jurisdiccionales y una fuente excesiva de tensión que podría desembocar en el desconocimiento de las decisiones jurisdiccionales o en la manipulación política de los órganos de control.²⁰ Finalmente, habría que pensar en razones de índole democrático y de efectiva universalización de los derechos sociales. Evidentemente, una aplicación sistemática del principio de irreversibilidad de las políticas sociales podría, en algún caso concreto, llegar a comportar una intromisión excesiva en la definición plural de las opciones socioeconómicas que corresponde a las fuerzas políticas.²¹ Es decir, se correría el riesgo (en una extrema aunque bastante contrafáctica hipótesis) de una imposición paternalista de políticas sociales sobre el le-

19 Sobre esta reconstrucción del concepto de propiedad, *vid.* el ya clásico artículo de Reich, C., "The New Property", *The Yale Law Journal*, vol. 73, 1964, pp. 733-787. Para una interesante discusión de este tipo de posición, *cf.* Nedelsky, Jennifer, "American Constitutionalism and the Paradox of Private Property", en Elster, Jon y Slagstad, Rune (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, 1988, pp. 241 y ss. (trad. al español, México, Fondo de Cultura Económica, 1999).

20 Buen ejemplo de ello son las estrategias políticas, utilizadas en países periféricos, para someter o suprimir la justicia constitucional en la medida en que ésta pueda convertirse en un obstáculo para la puesta en marcha de programas de ajuste estructural.

21 Claro que no siempre resulta claro que una decisión jurisdiccional contra el legislador frustre los intereses de la mayoría, ni siquiera de una mayoría legislativa. En un modelo federal (o incluso, en un Estado compuesto como el español, tal como ha quedado de manifiesto recientemente), resultaría perfectamente concebible una legislación local maximizadora de derechos sociales objetada por el gobierno central y finalmente convalidada por el Tribunal Constitucional respectivo.

gislador por parte de los jueces. Pero, sobre todo, una aplicación rígida del carácter *reactivo* de las normas constitucionales de contenido social supondría desconocer aquellas situaciones en las que la reversibilidad de derechos y políticas prestacionales constituye una condición indispensable de la garantía del contenido esencial de los mismos en relación al mayor número posible de ciudadanos.²²

Ahora bien, si existen razones de peso que exigen o facilitan la flexibilización del principio de *no reversibilidad*, en ningún caso pueden, una vez que se acepta la idea de que la Constitución es una norma y no un simple consejo político, utilizarse como coartada para desvincular jurídicamente al legislador del cumplimiento de las normas constitucionales de contenido social.²³ Una imposable deferencia jurisdiccional frente a restricciones irrazonables de derechos sociales supondría un derrocamiento interno del contenido normativo de la Constitución y una suerte de mutación implícita de su programa jurídico.²⁴

Precisamente, para mitigar los efectos radicales de la expulsión de un precepto o de una norma aprobada por el legislador, muchos tribunales han incorporado a su práctica el dictado de sentencias denominadas “bilaterales”; esto es, de sentencias en las que la inconstitucionalidad no entraña expulsión o nulidad inmediata, sino un mandato al legislador para darle la oportunidad de que sea él quien corrija su actuación.²⁵ Ésta sería la función de los reenvíos al legislativo, de las sentencias recomendativas, de las ya mencionadas sentencias aditivas de principio, de las sentencias interpretativas que estipulan la inconstitucionalidad sólo en caso de que

22 Gomes Canotilho, por ejemplo, ha recordado recientemente cómo “la dramática aceptación de ‘menos trabajo y menos salario, más trabajo y salario para todos’, el desafío de bancarrota de la seguridad social, el desempleo duradero, parecen apuntar hacia la insustentabilidad del principio de no reversibilidad social”. *Vid.* Gomes Canotilho, “Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’”, pp. 47 y ss. A todo ello podría agregarse la hipótesis de una restricción inmediata en determinados niveles de bienestar social de los países desarrollados como condición para su extensión a los inmigrantes pobres o los países periféricos.

23 El Comité de Derechos Sociales de Naciones Unidas, por ejemplo, ha sostenido en su Comentario General núm. 3, de 1990, que “toda medida deliberadamente regresiva ... exigiría la más cuidadosa consideración y necesitaría ser plenamente justificada [por el legislador respectivo] en referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del uso pleno del máximo de recursos disponibles”.

24 Caso en el que podrían incluso quedar abiertas las puertas a la desobediencia civil como mecanismo de actualización y defensa de la Constitución. *Vid.* Estévez Araujo, J. A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, pp. 139 y ss.

25 Sobre las “sentencias bilaterales”, que llaman a la colaboración del legislador para solucionar la inconstitucionalidad de la ley, *vid.* Aja, E. y González Beilfuss, M., “Conclusiones generales”, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador*, pp. 279 y ss.

la norma o precepto cuestionados se interpreten en un determinado sentido, de las sentencias que estipulan que una norma que todavía no es inconstitucional puede serlo en el futuro, o bien de aquellas sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad y conceden al legislador un margen de tiempo para la reparación de su actuación.²⁶

Estos mecanismos, más “dialógicos”, comportarían, sobre todo en sistemas jurisdiccionales de control concentrado,²⁷ la ventaja de evitar una imposición paternalista de políticas o derechos sociales al legislador por parte de los jueces.²⁸ Más aún, en la medida en que limarían la inevitable tensión que supondría una sistemática aplicación del modelo kelseniano clásico en ordenamientos constitucionales normativamente “densos”, esto es, cargados de principios y reglas hermenéuticas de contenido prescricional, permitirían un ejercicio efectivo de las facultades jurisdiccionales con el objeto de fiscalizar la vulneración arbitraria de derechos sociales por parte del legislador. Desde ese punto de vista, el objetivo, más modesto, del control jurisdiccional consistiría en dar mayor “publicidad” a la actuación inconstitucional del legislador, obligándolo a justificar su actuación restrictiva frente a la opinión pública, por lo que operaría, antes que nada, como un medio de deslegitimación de los poderes públicos por incumplimiento constitucional.²⁹

26 Existiría, claro está, una solución más radical, que consistiría en reenviar la decisión final al propio cuerpo electoral, plebiscitando así la norma cuestionada. El modelo suizo constituye uno de los ejemplos más difundidos de esta alternativa. *Vid.*, por ejemplo, Basta, Lidija y Fleiner, Thomas (eds.), *Federalism and Multiethnic States. The Case of Switzerland*, Fribourg, Institut du Fédéralisme, 1996.

27 Los sistemas de control jurisdiccional difuso, para casos concretos y con efectos *inter partes*, ofrecen, por su parte, una mayor potencialidad creativa y deliberativa en lo que se refiere a la protección jurisdiccional de los derechos sociales. La opinión final del Tribunal Supremo, es cierto, operarla de hecho, en virtud del principio de *stare decisis*, como una declaración con efectos *erga omnes*. Sin embargo podría venir en cierto modo condicionada por la actuación hermenéutica previa llevada a cabo por diferentes tribunales inferiores, lo cual obligaría a concebir la seguridad jurídica antes como un punto de llegada que de partida, permeable a su vez a las señales que las distintas decisiones fueran generando en la opinión pública.

28 Para una defensa de esta función dialógica de la justicia constitucional, *vid.* el trabajo ya clásico de Ely, J. H., *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980. Algunas variaciones interesantes de este modelo pueden igualmente verse en Nino, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 692 y ss.; Habermas, J., *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pp. 337 y ss.

29 Una función similar habría que atribuir a los mecanismos internacionales de control, consistentes en petición de informes, recomendaciones y sanciones económicas frente a la vulneración de derechos. En materia de derechos sociales, en cualquier caso, el desarrollo de estos instrumentos es todavía muy embrionario en comparación con aquellos establecidos para la protección de derechos civiles y políticos. *Vid.*, al respecto, Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

Como salta a la vista, no obstante, se trata de una posibilidad no exenta de riesgos. Al buscar evitar que los tribunales expulsen o inapliquen inmediata y definitivamente una norma o precepto, podría contribuirse a debilitarlos, y la omnipotencia y el dominio de la mayoría siempre podrían hacer valer su “poder efectivo”, haciendo caso omiso a las decisiones o recomendaciones judiciales.³⁰ Todo dependería, en última instancia, de la existencia de una ciudadanía capaz de sustraer el monopolio del conflicto del ámbito de los “expertos” y movilizarlo en un sentido que permita la efectiva maximización de los derechos.

3. *Omisión legislativa que maximiza los derechos + activismo jurisdiccional que los minimiza*

El punto de partida de esta hipótesis sería una situación de hecho en la que los individuos, bien solos, bien en asociación con otros, consiguen satisfacer sus necesidades básicas a través de la autotutela de sus derechos (así, en casos de autogestión de recursos, ocupación de inmuebles o tierras improductivas, etcétera). En este supuesto, es el legislador quien actúa con deferencia frente a una situación que reputa constitucional, bien porque los propios involucrados consiguen tutelar derechos constitucionales con recursos propios (cooperativas de vivienda, granjas colectivas, etcétera), bien porque, una vez realizada la debida ponderación de los principios en juego, se estima que, en el caso concreto, un determinado derecho social (el derecho a la vivienda digna o el derecho a la tierra) tiene prioridad sobre un derecho patrimonial en conflicto también previsto en la Constitución (la propiedad privada, por ejemplo). Frente a esta situación de “hecho” que favorece la satisfacción de necesidades básicas colectivas, los jueces introducirían “derecho”, y optarían por la interpretación inversa, esto es, por una interpretación que, para el caso, priorizara los derechos patrimoniales en cuestión sobre los derechos sociales.

Obsérvese que, en estos casos, lo que se exige del legislador es más bien una actuación de *respeto* y de *no intervención* frente a la situación

30 De cualquier manera, los órganos políticos también podrían desconocer una sentencia que declarara la inmediata nulidad de una norma. Es decir, que el probable incumplimiento de una recomendación no puede utilizarse como argumento para despojarla de todo valor jurídico y reducirla a un mero “consejo moral” frente al poder político. En la medida en que un órgano jurisdiccional puede decir algo al respecto y forzar al legislador, al menos, a justificar una actuación determinada (cumplir, no cumplir, etcétera) ya puede hablarse de “justiciabilidad” de la norma en cuestión, aunque se trate, si se quiere, de una “justiciabilidad” en sentido débil.

existente, así como una *protección* jurídica frente a las agresiones de terceros.³¹ Es decir, no se demanda tanto un desembolso patrimonial o un crecimiento de infraestructuras estatales, como una cobertura dirigida tanto a proteger la libertad de acción y el uso de recursos como a controlar las agresiones de otros poderes privados (protección contra intereses económicos más poderosos, contra el fraude, contra conductas antiéticas en las relaciones contractuales y comerciales, contra la mercantilización de productos peligrosos, para mencionar algunos ejemplos).³² Dicho en otros términos, el deber del Estado consistiría, al igual que en muchos supuestos referidos a derechos civiles y políticos clásicos, en regular las relaciones privadas de manera que los individuos no fueran arbitrariamente despojados de sus derechos sociales por parte de otros individuos. De hecho, la aprobación, por parte del legislador, de una normativa de cobertura debilitaría y se opondría a la posibilidad de que los jueces emprendieran una hermenéutica restrictiva de los derechos sociales efectivamente autotutelados.

4. *Omisión legislativa que minimiza los derechos + activismo jurisdiccional que los maximiza*

Esta hipótesis sería una versión atenuada del segundo caso. El legislador actuaría aquí de modo menos beligerante. Su intervención sería restrictiva, aunque no por acción sino por omisión, y se constituiría en una vulneración no ya del deber de *irreversibilidad*, sino, por el contrario, del deber de *progresividad* en la satisfacción de los derechos sociales.³³ Se trataría de un incumplimiento que podría venir dado por distintas razones. Por ejemplo, podría adscribirse a un contexto de crisis del Estado social en un país avanzado o de simple quiebra en un país periférico.

31 Por ejemplo, impidiendo que las personas resulten de una u otra manera privadas de sus recursos básicos para satisfacer sus necesidades de alimentación, por poderes privados dominantes, en aspectos diversos como el acceso a la tierra, al agua, al mercado, al trabajo. *Vid.* Eide, Asbjorn, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", en Eide, Asbjorn; Krause, Catherine y Rosas, Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, p. 37, y Abramovich, V. y Courtis, C., "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", p. 290.

32 Eide, Asbjorn, "Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach", en Claude, R. P. y Weston, Burns H. (eds.), *Human Rights in the World Community*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, p. 160.

33 El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece precisamente la obligación de los Estados parte de "alcanzar *progresivamente* el pleno cumplimiento de los derechos reconocidos en el presente Pacto". Para un análisis de este precepto, *vid.* Craven, Matthew, *The International Covenant*, p. 129.

Pero también podría tener lugar en un contexto de crecimiento económico en el que el Estado garantiza un nivel de prestaciones inferior al que su disponibilidad de recursos le permitiría satisfacer. En suma, constituye una de las hipótesis más típicas de incumplimiento de derechos sociales constitucionales y una de las pruebas más evidentes de las insuficiencias de los sistemas de garantías desarrollados hasta hoy.

De todos modos, las posibles respuestas jurisdiccionales dependen una vez más del tipo de omisión legislativa. Una omisión legislativa relativa no sería sino la otra cara de un desarrollo legislativo minimizador y podría resolverse, según se ha mostrado en el caso 2), no sólo invocando los derechos sociales constitucionales vulnerados, sino también esgrimiendo el principio de igualdad, de no discriminación, de debido proceso, etcétera.

En un caso de omisión legislativa absoluta, en cambio, las alternativas jurisdiccionales resultan más complejas. En primer lugar, se trataría de indagar si es posible articular una posición subjetiva ante los tribunales para obtener la protección de un derecho social en caso de una omisión legislativa absoluta. Desde un punto de vista exclusivamente técnico, es evidente que el propio recurso de amparo o algún mecanismo procesal semejante (la tutela colombiana, etcétera) comportarían una vía idónea, tanto de acceso jurisdiccional individual como colectivo (en el caso de los amparos colectivos, o de las llamadas *class actions*).³⁴ Incluso en aquellos ordenamientos que no admiten el amparo directo de derechos sociales (como el español) este podría articularse *por conexión* con un derecho civil constitucionalmente amparable.³⁵ Así, en determinados casos de vulneración inminente y grave de su contenido esencial, la protección del derecho a la salud podría obtenerse a través de la tutela del propio derecho a la vida, un ingreso mínimo de subsistencia a través de la tutela del derecho a la seguridad personal, una vivienda digna a través de la efectiva garantía de la libertad de domicilio, etcétera.³⁶

34 Esta posibilidad de acceso, evidentemente, constituye, en los sectores más vulnerables de la sociedad y en regiones periféricas del planeta, antes una eventualidad estratégica que una realidad efectiva. Para una visión representativa del caso latinoamericano, *vid.* Garro, A., "Access to Justice for the Poor in Latin America", en Pinheiro, P. S. y O'Donnell, G. (eds.), *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1999, pp. 278 y ss.

35 Para una defensa de esta posibilidad en el caso español, *vid.* Prieto Sanchis, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Ley, principios y derechos*, Madrid, Instituto Bartolomé de Las Casas-Dykinson, 1998, pp. 102 y ss.

36 Estas salidas, suele objetarse, conducirían inexorablemente a una sobrecarga financiera del aparato estatal. A pesar del intencionado dramatismo de la aseveración, no es menos cierto que podrían

La doctrina dominante, sin embargo, se ha mostrado reticente frente a este tipo de alternativas. Los derechos sociales, se argumenta, dependen de la “reserva de lo financieramente posible”. Cualquier intento de control jurisdiccional en ese ámbito comportaría, por lo tanto, no sólo una inadmisibles intromisión en las competencias presupuestarias del legislador, sino además, un vano intento de gestionar lo imposible.³⁷

A pesar de su aparente contundencia, el argumento, en su versión “dogmática”, no es de recibo. Por un lado, porque, desde un punto de vista financiero, la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales no es tan tajante como parece.³⁸ Del mismo modo que cuando se exige la protección de un derecho social, también está demandándose la materialización de una libertad individual; así, la protección de la mayoría de los derechos civiles y políticos entraña un costo económico y un desembolso financiero que afecta las facultades presupuestarias del legislador (dinero para organizar tribunales estatales que garanticen la defensa en juicio o el contenido de los contratos, dinero para sostener el ejercicio del derecho al voto, eventuales subvenciones que hagan efectiva la libertad de expresión, etcétera).³⁹

Por otra parte, la “reserva de lo financieramente posible” no puede tomarse como una realidad dada de antemano y, por lo tanto, como un argumento definitivo para la desvinculación jurídica absoluta del legislador. Más aún, cuando una omisión legislativa absoluta vulnera el contenido esencial de los derechos sociales constitucionales, el derecho de libre configuración de las políticas públicas cede frente al deber de probar que están usándose todos los medios disponibles, y hasta el máximo de los recursos existentes, para satisfacer los derechos en cuestión.⁴⁰ Dicho

(piénsese sobre todo en un sistema de control difuso con efectos *inter partes*) presionar y activar a un legislador remiso que, en todo caso, siempre estaría en mejor situación de argumentar políticamente una posición y de zanjar la cuestión por vía legislativa.

37 Sobre las implicaciones del argumento de “la reserva de lo posible”, *vid.* Gomes Canotilho, J. J., “Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’”, pp. 44 y ss.

38 *Vid.*, entre otros, Alston, Philip, “Economic and Social Rights”, *Human Rights: an Agenda for the Next Century*, Washington, The American Society of International Law, 1994, p. 139; Eide, Asbjorn, “Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach”, pp. 158 y ss, y Matas, David, “Economic, Social and Cultural Rights: the Role of Lawyers”, pp. 123 y ss.

39 *Vid.*, al respecto, Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 495 y ss.

40 *Vid.*, una vez más, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

en otros términos, en una situación de explícita vulneración, los “límites financieros” no tienen por qué presumirse, y la jurisdicción bien puede obligar al legislador a justificar su incumplimiento y, sin imponerle un *único* medio de reparación, exigirle que ponga en marcha *alguno* de los que se encuentran a su alcance.⁴¹ Ésta podría ser, por ejemplo, la función de la acción de inconstitucionalidad por omisión prevista, si bien con escasa repercusión hasta el momento, en ordenamientos como el brasileño o el portugués.⁴²

III. HIPÓTESIS COOPERATIVAS

En términos generales, las hipótesis cooperativas podrían definirse como hipótesis de deferencia jurisdiccional, es decir, como actuaciones autorrestrictivas en las que los jueces acompañan o dan cobertura jurídica a la actuación de las mayorías legislativas. Como se ha sostenido al comienzo de este trabajo, resultan más frecuentes que las hipótesis conflictivas, en la medida en que el legislador y los jueces tienden, en última instancia, a actuar como un mismo bloque de poder dentro del aparato estatal. En muchos casos, incluso, es el propio proceso de selección de los jueces constitucionales el que anticipa esta velada afinidad.

Desde una posición interesada en la maximización de los derechos sociales, estas hipótesis comportan, una vez más, ventajas y riesgos. Por un lado, una actuación deferente de los jueces podría presentarse como una señal de sensibilidad democrática frente a las mayorías legislativas en cuestiones de expansión de los derechos sociales constitucionales. Así, la autorrestricción vendría justificada no sólo por una eventual adecuación constitucional de las políticas en cuestión, sino además por la consideración de que, en dicha esfera, las mayorías democráticamente elegidas ostentan el papel de intérpretes calificados del ordenamiento constitucional en su conjunto. Por otra parte, sin embargo, en un contexto regresivo, el argumento de la deferencia o del *self-restraint* podría convertirse en fórmula de adecuación funcional a políticas socialmente minimizadoras y jurídicamente inconstitucionales, en relación no sólo con el principio del Estado social, sino con los principios que informan el propio Estado de

41 Cfr. Craven, Matthew, *The International Covenant of Economic*, pp. 136 y ss.

42 Para una aproximación general a la inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, vid. Fernández Rodríguez, José J., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998, y Villaverde, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

derecho. La justicia constitucional correría el riesgo, así, de presentarse no ya como un instrumento de apertura de la interpretación constitucional a la ciudadanía o de control del poder, sino como una suerte de “brazo tonto de la ley”, esto es, como paradigma de una innecesaria duplicación de instituciones y como mecanismo de legitimación de la monopolización partidista del desarrollo constitucional y de las concepciones restrictivas de la democracia representativa.⁴³

1. *Desarrollo legislativo que minimiza + deferencia jurisdiccional que también minimiza*

Al igual que en el caso 2) —desarrollo legislativo que minimiza los derechos + activismo jurisdiccional que los maximiza—, se estaría ante una hipótesis en la cual el legislador, esgrimiendo su libertad política para configurar el programa normativo previsto por la Constitución, procede a la progresiva reducción o al desmantelamiento de los derechos sociales hasta entonces garantizados. Una hipótesis, una vez más, bastante frecuente en el marco de la crítica al Estado social y a las políticas públicas por él emprendidas. Con la diferencia de que, en el caso ahora propuesto, la jurisdicción evita el eventual control de dichas políticas interpretándolas simplemente como disposiciones *conformes* a la Constitución. Detrás de esta actuación laten, sin embargó, férreas convicciones jurídicas. Por un lado, una comprensión liberal y procedimental de la Constitución en sentido débil. Conforme a la misma, la función de la jurisdicción constitucional se reduciría al deslinde de competencias y a la prudente defensa de ciertas libertades negativas.⁴⁴ Los derechos sociales formarían parte de la esfera de la cuestiones políticamente decidibles, por lo que su incorporación al cuerpo normativo de la Constitución resultaría en todos los casos inconveniente. Una vez presentes, incluso, su valor no

43 Sobre este punto, *vid.* Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo, “El Tribunal Constitucional en la crisis del Estado social: ¿brazo tonto de la ley?”, Madrid, 1999, en prensa.

44 Ésta es, por otra parte, la concepción kelseniana del control jurisdiccional de la Constitución. La propuesta de un “legislador negativo” a la vez poderoso (puede expulsar leyes) pero deferente (debe limitarse, para no vulnerar la discrecionalidad política del Parlamento) adolece de una insuperable tensión en su lógica interna de funcionamiento, pero, con todo, parece posible con una Constitución estrictamente procedimental —esto es, pocos principios “abiertos”: igualdad, libertad, derechos— con valor normativo. Una vez incorporados, tal como ocurre en buena parte de las Constituciones modernas, derechos sociales y mandatos al legislador en materia de políticas públicas, el mecanismo se complica irremediablemente, y las reconstrucciones posibles, como pretende mostrarse a lo largo de este trabajo, son siempre problemáticas.

sería otro que el de normas “programáticas”, o, si se prefiere, normas de una eficacia “mediata”, “diferida” o “indirecta”.

Como ya se ha sostenido, este tipo de deferencia también suele operar bajo el argumento del respeto a la voluntad democrática expresada en las mayorías legislativas, pero, en un contexto social y político regresivo, puede convertirse en una solapada vía de “complicidad” entre poderes,⁴⁵ que compromete el valor normativo de las cláusulas sociales y, por tanto, de la Constitución en su conjunto, profundizando así la “tendencia hacia cero” de su eficacia jurídica.⁴⁶

2. *Desarrollo legislativo que maximiza + deferencia jurisdiccional que también maximiza*

En este caso, generalmente en razón de una correlación favorable de fuerzas sociales (o bien de una presión irresistible, tratándose de un legislador reticente), se procede, en sede política, a la expansión de las políticas y de los derechos sociales prefigurados en la Constitución. Los jueces, por su parte, garantizarían la cobertura jurídica de este desarrollo legislativo frente a posibles objeciones planteadas por poderes privados, por otros sectores del Poder Legislativo e incluso por otros órganos estatales. Se trata de una hipótesis frecuente en el contexto de creación y expansión del Estado social, tanto en Europa como en Estados Unidos,

45 Un descarnado ejemplo de este tipo de ejercicio de la deferencia jurisdiccional puede verse en el caso *Nieva y otros vs. Poder Ejecutivo Nacional* fallado por la Corte Suprema Argentina en diciembre de 1997. Ante una presentación de un grupo de diputados, un juez de primera instancia ordenó la suspensión cautelar, por vulneración del procedimiento constitucional, de los efectos del decreto 842/97, sobre privatización de aeropuertos. La Corte Suprema, por su parte, dejó sin efecto la medida, ante una presentación del Ejecutivo. Entre sus consideraciones, sostuvo que “otorgar legitimación a los diputados” para promover la medida en cuestión equivaldría a admitir que “cada vez que su voto en el recinto no sea suficiente para alcanzar las mayorías requeridas ... para convertir un proyecto en ley, puedan obtener por vía judicial un derecho que va más allá que el conferido por su propio cargo de legislador, esto es, paralizar las iniciativas que, en el mismo sentido, pueda tener el Poder Judicial”. Luego, el propio Tribunal agregó, con suicida tono schmittiano, que “el riesgo que se corre cuando el Poder Judicial no sabe mantenerse dentro de su órbita de jurisdicción es la judicialización de la política ...” lo que acarrearía el “peligro que la decisión del tribunal no sea respetada ... o bien que la decisión política del gobierno sea sustituida por un acto judicial que ... es en el fondo un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a cabo esa función”. *Vid.*, a propósito, el comentario de Bidart Campos, G., “Los decretos de necesidad y urgencia y el control constitucional”, *La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, marzo de 1999, pp. 4 y ss., en el que la sentencia es calificada como “una de las más retrógradas que en materia de control judicial de constitucionalidad podemos registrar en la jurisprudencia de los últimos años”.

46 *Cfr.* Gomes Canotilho, J. J., “Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’”, pp. 44 y ss.

tras el ocaso de la Corte conservadora de los años treinta y sobre todo con el advenimiento de los Tribunales Warren y Burger. Con un peculiar estado de movilización social y unas condiciones económicas favorables, los jueces acompañan (en algunos casos, por estrictas razones de supervivencia política; en otros, por una real democratización de la jurisdicción) las políticas del legislador.

Sin embargo, si el constitucionalismo social de las primeras décadas de posguerra fue perfilándose como un termómetro adecuado del clima de optimismo acerca de las posibilidades de un crecimiento económico sostenido, es en los momentos de restricción donde deberían ponerse a prueba sus verdaderos méritos.⁴⁷ En el presente marco global, por ejemplo, un nuevo supuesto cooperativo entre jueces y legisladores podría volver a articularse en caso de una modificación de la correlación de fuerzas políticas y sociales, y de una rehabilitación expansiva del Estado social jurídicamente mediada. Por ejemplo, a través de la nacionalización y de la regionalización de los sistemas internacionales de protección de derechos sociales o a través de una reconstrucción interna de la generalidad de la ley, no tanto ni sólo con un sentido formal, sino sobre todo con un contenido material.⁴⁸

3. *Omisión legislativa que minimiza + deferencia jurisdiccional que también minimiza*

Se trataría de una situación fáctica de ausencia o ineficacia absoluta del derecho, que favorece la concentración de poderes privados y minimiza los derechos sociales de los sectores más vulnerables y frente a la cual los operadores constitucionales (legisladores y jueces) permanecen impasibles.⁴⁹ Es decir, frente a una hipótesis de no-derecho que vulnera los derechos, legislador y juez simplemente dejan hacer.⁵⁰

47 En palabras de Simma, miembro del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas: "... del mismo modo en que las condiciones de restricción política constituyeron el test decisivo de la relevancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así, es en tiempos de crisis económica, cuando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales debería asumir su función más importante —la de ser un último foso de defensa para los más vulnerables". *Cit.* por Craven, Matthew, *The International Covenant*, p. 138.

48 *Vid.* Cabo, Carlos de, "Las fuentes del derecho: apunte sistemático", *Contra el consenso*, México, UNAM, 1997, p. 318.

49 Sobre esta situación de no-derecho y de vigencia, por lo tanto de "poderes salvajes" incontralados que minimizan los derechos sociales, *vid.* Ferrajoli, L., "Garantismo e poteri selvaggi", *Teoria politica*, XIV, núm. 3, 1998.

50 Una variante similar de esta hipótesis podría producirse en aquellos casos en los que la sociedad propone una legislación que maximiza derechos sociales y el legislador, apelando a su discrecional-

Hoy, un escenario de este tipo aparece claramente favorecido por el *modus operandi* dominante de la economía internacional. En ese ámbito, actúan una serie de poderes privados transnacionales, conforme a una *lex mercatoria* pactada entre pequeños grupos e impuesta *de facto* a los Estados, lo que provoca una tácita y unilateral alteración del sistema de fuentes normativas. En contextos nacionales degradados, como los del Tercer Mundo, este tipo de situaciones se multiplica en la medida en que el derecho no llega, y por lo tanto, no rige, en vastos ámbitos territoriales controlados por poderes privados o simplemente mafiosos.⁵¹

4. *Omisión legislativa que maximiza + deferencia jurisdiccional que también maximiza*

Al igual que la hipótesis anterior, se estaría ante la existencia de espacios de actuación social no regulados por el derecho pero que, en este caso, favorecen la autotutela de los bienes y las necesidades que conforman el núcleo de los derechos sociales. En una hipótesis extrema, podría pensarse en las comunidades indígenas de países colonizados que gozan del acceso a ciertos bienes primarios (tierra, agua, etcétera) y en las que la ausencia del derecho es precisamente la garantía del goce de dichos bienes. En una hipótesis más probable en el contexto de las sociedades avanzadas posindustriales, se trataría de ciertas formas de autogestión de derechos, no interferidas ni legislativa ni jurisdiccionalmente, aunque acaso amparadas por la Constitución.⁵² Una vez más, la relación entre ambos órganos sería cooperativa, aunque resulta difícil imaginar, en las sociedades complejas, una situación prolongada de disfrute de derechos sin mediación jurídica. Tarde o temprano, se producirían, de acuerdo al alcance y a la intensidad de la esfera de autogestión, presiones fácticas

idad, omite su aprobación. Éste sería el caso de la iniciativa popular legislativa de la Comunidad Autónoma Vasca conocida por “Carta de los Derechos Sociales”. Dicha iniciativa fue entregada en la Mesa del Parlamento Vasco, a finales de 1997, con ochenta y dos mil cincuenta y cuatro firmas, casi tres veces más de las estrictamente necesarias, validadas por el censo electoral de Vizcaya, Álava y Guipúzcoa.

51 O’Donnell, G., “Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America: A Partial Conclusion”, en Pinheiro, P. S. y O’Donnell, G. (eds.), *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, pp. 311 y ss.

52 Claro que incluso para el caso de los derechos de comunidades indígenas sería difícil hablar de la inexistencia absoluta de cobertura jurídica, ya que la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo protege, al menos normativamente, el derecho a la tierra de estos colectivos, así como el propio artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

que obligarían tanto a jueces como a legisladores a intervenir en un sentido o en otro, lo cual, a su vez, dependería del tipo de presión social generada en torno al caso en cuestión.

IV. CONCLUSIONES

Lejos está del propósito de estas breves consideraciones agotar las múltiples funciones que legisladores y jueces puedan desempeñar, en relación con los derechos sociales, en el Estado constitucional moderno. Contextos particulares darían lugar, seguramente, a hipótesis imprevistas, o bien desmentirían algunas de las aquí esbozadas. En cualquier caso, es posible que estas líneas puedan servir, precisamente, como una forma de prevención frente a los enfoques a menudo unilaterales y simplistas de la relación entre legisladores y jueces constitucionales provenientes, tanto desde las esferas “politicistas”, como desde las “jurisdiccionalistas”. Una aproximación más compleja, como ha podido observarse, exige, en cambio, abordar este vínculo de forma más dinámica, y señalar sus posibles variaciones en relación con determinados contextos históricos objetivos y con las disímiles pretensiones subjetivas que puedan animar a los actores involucrados. Esta metodología de análisis permitiría, a su vez, descartar las posiciones apriorísticas proclives a “beatificar” o a “demonizar” de antemano el papel de los operadores constitucionales no sólo desde el punto de vista de su actuación real, sino también de cara a su posible actuación en un sentido regresivo o progresivo. De este modo, quedarían en última instancia en entredicho las concepciones monolíticas de las funciones del derecho constitucional, tanto las que postulan una absoluta condena “ideológica” de sus posibles usos como aquéllas, acaso más frecuentes, proclives a la absolución “técnica” o a una apresurada defensa de su supuesta “neutralidad”.

Por último, frente a las consideraciones escépticas en torno a los posibles mecanismos de garantía normativa de los derechos sociales, ha quedado de manifiesto la multiplicidad y complejidad de las estrategias, legislativas y jurisdiccionales, que podrían, a pesar de sus límites, llegar a utilizarse como vías de maximización de los mismos.⁵³ En todos los

⁵³ Con los límites, evidentemente, que supone la discusión de estos conflictos en el marco de los Estados nacionales y sin entrar en el análisis del impacto, en gran medida minimizador, que sobre los derechos sociales tiene el actual sistema económico internacional. En igual sentido, Eide, Asbjorn, “Realization of Social and Economic Rights”, pp. 160 y 163.

casos, sin embargo, es evidente que estas alternativas, siempre preferibles a la lisa y llana resignación, no dependen ni tanto ni tan sólo de las respectivas previsiones técnico-constitucionales o de la voluntad de los operadores jurídicos como de la existencia de una sociedad alerta, conflictiva y movilizadora, capaz de hacerlos valer en, fuera, e incluso contra los órganos estatales en su conjunto.