VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO, PROCESSO E SISTEMAS DE PROTEÇÃO I

EDUARDO MANUEL VAL

HAIDEER MIRANDA BONILLA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597
Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/ UNHwN;
Coordenadores: Eduardo Manuel Val, Haideer Miranda Bonilla – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-390-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.
1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Judicial. 4. Sistema de proteção. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34

Universidad Nacional de Costa Rica
Heredia – Costa Rica
www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO, PROCESSO E SISTEMAS DE PROTEÇÃO I

Apresentação

(Aguardando o envio do texto de apresentação produzido pelos coordenadores deste Grupo de Trabalho)

LA TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES: LOS PRINCIPIOS DE NO-REGRESIVIDAD Y PROGRESIVIDAD FRENTE A LA RESERVA DEL POSIBLE Y LA ACTUACIÓN DE LOS TRIBUNALES

THE PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS AS FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS: THE PROGRESSIVITY AND NON-REGRESSION PRINCIPLES AGAINST THE RESERVATION OF THE POSSIBLE AND THE ACTION OF THE COURTS

Rodrigo Garcia Schwarz [1]
Candy Florencio Thome [2]

Resumo

El presente artículo tiene el objetivo de investigar, a partir de la perspectiva de las dimensiones materiales y eficaciales de los derechos sociales como derechos humanos fundamentales, algunas cuestiones relacionadas con los derechos sociales y su tutelabilidad. A través de investigación descriptiva-explicativa y documental-bibliográfica, el presente artículo se dedica a problemas analítico-conceptuales de las teorías de los derechos fundamentales, para concluir que la escasez presupuestaria (la reserva del posible), por sí sola, no puede ser planteada como un argumento suficientemente sólido para el alejamiento del imperativo de implementación gradual y progresiva (no-regresividad y progresividad) de los derechos sociales.

Palavras-chave: Derechos sociales, Judicialización, No-regresividad, Progresividad, Reserva del posible

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to investigate, from the perspective of the material and effective dimensions of social rights as fundamental human rights, some issues related to social rights and their protection. Through descriptive-explanatory and documentary-bibliographical research, the present article is dedicated to analytical-conceptual problems of fundamental rights theories, to conclude that the budgetary shortage (the reserve of the possible), by itself, can not be used as a sufficiently strong argument for moving away from the imperative of gradual and progressive (progressivity and non-regression principles) implementation of social rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Judicialization, Non-regression, Progressivity, Reservation of the possible

[1] Doutor, Professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Santa Catarina, Brasil), com estágios de pós-doutoramento.

[2] Doutora, Professora da Fundação Getúlio Vargas (São Paulo, Brasil), com estágios de pós-doutoramento.

1 INTRODUCCIÓN

Si pensamos en la supremacía absoluta de la vida humana, vida que, para ser entendida como tal, debe ser vivida con dignidad, tenemos que pensar la vida bajo un aspecto material y, por tanto, en un estatuto privilegiado para los derechos sociales, pues los derechos sociales (económicos, sociales y culturales) hablan de cuestiones básicas para la vida y la dignidad humana. En ese supuesto, se pone muy claro que la materialidad de la dignidad humana se ancla en el denominado "mínimo existencial", el núcleo duro de los derechos sociales, de forma que los derechos sociales son verdaderos derechos humanos fundamentales.

El reconocimiento de los derechos sociales no es, por tanto, un mero catálogo de buenas intenciones por parte de los Estados. Los derechos sociales son derechos humanos fundamentales, exigibles en nombre de todos y para todos los hombres e imprescindibles para la vida y la dignidad humana. Y una de las principales obligaciones que los derechos sociales generan para los Estados democráticos contemporáneos supone el respeto a un deber negativo, fundamentado en el principio de no-regresividad, que, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, obliga a los Estados a no adoptar políticas y, en consecuencia, sancionar normas que vengan a desmejorar, sin razón justificada, la situación de los derechos sociales en el país.

El deber de no-regresividad en materia de derechos sociales está también relacionado con un deber de progresividad. Ese principio autoriza a los Estados la adopción de programas y políticas de desarrollo de derechos sociales de manera gradual, en la medida en la que existan recursos disponibles (la reserva del posible), pero desautoriza la postergación indefinida e injustificada de la satisfacción progresiva de los derechos sociales. Por el contrario, demanda acciones concretas de los Estados, sobre todo la de demostrar que están realizando el máximo de esfuerzos y empleando el máximo de recursos disponibles (humanos, financieros, tecnológicos, etcétera) para la satisfacción, al menos, del contenido esencial de los derechos sociales y para dar soluciones adecuadas, de forma prioritaria, a las demandas de los grupos en situación de mayor vulnerabilidad social.

En ese contexto, según la idea de que la efectividad de los derechos humanos fundamentales no es posible sin la garantía del mínimo existencial a la persona, condicionado económica, social y culturalmente, el presente artículo tiene el objetivo de investigar, a partir de la perspectiva de las dimensiones materiales y eficaciales de los derechos sociales como derechos humanos fundamentales, algunas cuestiones relacionadas con los derechos sociales, su determinabilidad y su tutelabilidad. Promoviendo la profundización investigativa, a través de investigación descriptiva-explicativa y documental-bibliográfica, el presente artículo se

dedica a problemas analítico-conceptuales de las teorías de los derechos fundamentales, para concluir que la escasez presupuestaria (la reserva del posible), por sí sola, no puede ser planteada como un argumento suficientemente sólido para el alejamiento del imperativo de implementación gradual y progresiva (no-regresividad y progresividad) de los derechos sociales. Aunque los recursos sean limitados, el Estado debe asignar recursos específicos para el cumplimiento de los derechos sociales en la medida de lo posible, pero siempre poniendo el máximo esfuerzo en la promoción de las garantías de los derechos sociales y también siempre demostrando la razonabilidad y proporcionalidad de una acción o de un programa *prima facie* regresivo.

Por ello, los tribunales pueden y deben controlar la razonabilidad de las respuestas de los poderes públicos a las demandas sociales, respetando el principio de la división de funciones del Estado y prestando atención a las consecuencias de sus decisiones, pero siempre sin alejarse de su deber de dar efectividad a los derechos humanos fundamentales. En ese contexto, las diversas prácticas de activismo judicial, aunque moderadamente ejercidas por los tribunales, se convierten en una necesidad institucional cuando los demás órganos de los poderes públicos se inhiben o retrasan su actuación, o actúan regresivamente, sin demostrar clara y racionalmente la razonabilidad y proporcionalidad de su acción.

2 DIGNIDAD HUMANA Y MÍNIMO EXISTENCIAL, EJES FUNDAMENTALES DE LOS DERECHOS SOCIALES

Si pensamos la vida bajo un aspecto material, o sea, si pensamos la vida humana con un contenido propiamente material (pues la vida es, sobre todo, biológica), queda muy claro que el núcleo del principio de la dignidad humana no supone solamente garantizar la protección de la dignidad humana en el sentido de asegurarse para la persona, de forma genérica y abstracta, un tratamiento no degradante, tampoco significa el mero ofrecimiento de garantías a la integridad del ser humano, pues la vida nunca podrá reducirse a una sencilla idea, a una abstracción, dado su substrato concreto, físico y biológico (MATURANA y VARELA, 2007).

En esa dimensión, es imposible reducir a una fórmula genérica y abstracta todo aquello que constituye el núcleo de la dignidad humana. Así es que la discusión sobre el respeto de la dignidad humana y la delimitación de su contenido esencial solamente puede ser llevada a cabo en el caso concreto de que se pueda percibir una efectiva agresión a la dignidad de la persona. En ese supuesto, nos parece claro que la materialidad del principio de la dignidad se asienta sobre el denominado “mínimo existencial”, que corresponde a un conjunto de situaciones materiales indispensables para la existencia humana digna (HÄBERLE, 2016). En ese supuesto,

se pone muy claro que la materialidad de la dignidad humana se ancla en el denominado "mínimo existencial", el núcleo duro de los derechos sociales (SCHWARZ, 2011b); o, de otra forma, que el mínimo existencial y el núcleo material de la dignidad humana corresponden al mismo fenómeno (BARCELLOS, 2002).

En tal contexto, hay una estrecha vinculación entre el núcleo material de la dignidad humana, el mínimo existencial y los derechos sociales. Los derechos sociales (económicos, sociales y culturales) se refieren a menudo a cuestiones relacionadas con expectativas básicas para la dignidad humana (la satisfacción de las necesidades básicas de la persona) y, en consecuencia, se presentan como auténticos derechos humanos fundamentales[1], imprescindibles para la promoción del desarrollo humano y para la libertad, la democracia, la justicia y la paz en el mundo, pues se presentan como derechos que actúan también como concomitantes premisas y consecuencias del ejercicio de otros derechos también considerados fundamentales, relacionados con la libertad y la autonomía de la persona, como los derechos civiles. Así es que, si pensamos en la supremacía absoluta de la vida humana, vida que, para ser entendida como tal, debe ser vivida con dignidad, tenemos que pensar la vida bajo un aspecto material y, por tanto, en un estatuto privilegiado para los derechos sociales.

Los derechos sociales están asociados a los sistemas de seguridad social, trabajo, salud, educación, vivienda, protección familiar, abastecimiento de alimentos, etcétera que se constituyen y consolidan en Europa y en muchos países latinoamericanos entre el último tercio del siglo XIX y la segunda posguerra, en el contexto del llamado *Welfare State* o Estado social (ESPING-ANDERSEN, 1998) y, según Abramovich y Courtis (2006, p. 17), son "fruto del

[1] Cuando hablamos de derechos fundamentales, sostenemos una concepción funcional del carácter basilar de los derechos, sugiriendo que poseer tal naturaleza se corresponde con adquirir un papel funcional específico en el ordenamiento de un Estado democrático de derecho, además de asumir un contenido sustancial de derechos humanos. No por casualidad, la expresión "derechos humanos" es generalmente empleada por el sensu común en el sentido de "derechos fundamentales" y viceversa: es evidente el grado de incertidumbre con que las expresiones "derechos humanos" y "derechos fundamentales" son utilizadas, incluso en la propia Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que, si bien impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas, contiene en su artículo 8 la expresión "fundamentales" para referirse a los derechos conferidos al individuo por la Constitución o por las leyes. En el artículo 16.3 define la familia como núcleo natural o "fundamental", en el artículo 21.3 señala la voluntad popular como fundamento (base) de la autoridad y en el artículo 26.2 determina que la educación ha de orientarse al "fortalecimiento del respeto a los derechos del hombre y a las libertades fundamentales". Por otra parte, también dispone su preámbulo "derechos humanos y libertades fundamentales". Pero, si la expresión "derechos humanos" es absoluta, o sea, concierne al hombre independientemente de todo contexto y de cualquier otra especificación, la expresión "derechos fundamentales" suele ser, por el contrario, plausiblemente abierta y relativa. Es decir, cuáles son los derechos fundamentales desde el punto de vista de su contenido es obviamente una decisión sobre todo ética: para un conjunto de derechos, se puede (o debe) decir que son fundamentales. Si para los derechos humanos se asume la inviolabilidad absoluta en cualquier Estado o cultura, también de los llamados derechos fundamentales se podría pretender la inviolabilidad, pero solo en el ámbito en que sean "fundamentales". Para más consideraciones sobre las distinciones entre los derechos "humanos" y los derechos "fundamentales", v. Ferrajoli et al. (2005) y Marshall y Bottomore (1998).

intento de traducir en expectativas (individuales o colectivas) respaldadas legalmente el acceso a ciertos bienes configurados en consonancia con la lógica de este modelo". Un rasgo común de la regulación jurídica de esos ámbitos sería la utilización del poder estatal con el propósito de equilibrar situaciones de desigualdad material, a partir del intento de garantizar estándares de vida mínimos, o mejores oportunidades a grupos sociales postergados, o compensar las diferencias de poder en las relaciones entre particulares, o excluir un bien del libre juego del mercado (CARBONELL, PARCERO y VÁZQUEZ, 2001). Así, son comprendidos como derechos sociales los derechos a trabajar (en condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias), al ocio, a la educación, a la salud, a la vivienda, a la seguridad (incluso a la seguridad social), a la protección a la maternidad y a la infancia, a la asistencia social, etc.

Sin embargo, más allá de eso, los derechos sociales, desde las últimas décadas del siglo pasado, pasaron a ser permeables a una nueva especie de reivindicaciones, vinculadas no solamente a la distribución de recursos materiales relacionados al mínimo existencial, pero, también, a las llamadas demandas de reconocimiento. Son reivindicaciones colectivas a través de las cuales sectores habitualmente discriminados en el ámbito social reclaman la remoción de barreras políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales que impiden o imponen límites de hecho a la participación de esos actores en procesos políticos y/o que impiden o imponen límites al acceso de esos sectores a la educación, al trabajo, a la vivienda, etcétera. Esas demandas de reconocimiento tienen por objetivo, sobre todo, tornar audibles y visibles esos actores sociales, el reconocimiento de sus diferencias específicas y la remoción de aquellas pautas supuestamente neutras que, en realidad, están ideológicamente vinculadas a intereses de grupos sociales dominantes/hegemónicos y que, por ello, imponen obstáculos al acceso de esos sectores discriminados a esas mismas pautas (FRASER, 1997; THOMÉ, 2012).

Hay, por tanto, una estrecha vinculación entre los derechos sociales y la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos, transluciendo un sentido igualitario en la actuación del Estado[2]. Su objetivo es la igualdad a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no pueden alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos civiles y para participar en la vida política. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su preámbulo, reconoce que, con arreglo a la

[2] Los derechos sociales, por tanto, están relacionados a necesidades sociales históricamente reivindicadas y a la conquista de reconocimiento de que el Estado debe intervenir en las relaciones económicas, sociales y cultuales con la finalidad de garantizar la realización de los derechos pertenecientes a las relaciones de producción social de la vida – a las formas de expresión y a los modos de crear, hacer y vivir de diferentes segmentos sociales –, más allá de garantizar la tutela de derechos civiles y políticos, especialmente de derechos patrimoniales (propiedad privada y libertades económicas).

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

Los derechos sociales están reconocidos como fundamentales en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que dispone en su artículo 2 que cada uno de los Estados partes del PIDESC se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, y por todos los medios apropiados (incluso y en particular la adopción de medidas legislativas), la plena efectividad de los derechos sociales, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración.

El progresivo reconocimiento de las expectativas relacionadas con los derechos sociales en el plano constitucional y en tratados internacionales (y su integración en el orden jurídico interno de cada país) impone, por tanto, obligaciones, positivas y negativas, a los poderes públicos, y también, en mayor o menor grado, a los particulares[3], concernientes a la satisfacción de tales expectativas y, por ende, a la efectiva promoción del desarrollo humano. Sin embargo, si desde el inicio de la constitución del catálogo de los derechos humanos fundamentales los derechos sociales, con sus variaciones económicas y culturales, han formado parte de su patrimonio jurídico, esos siempre han recibido fuertes críticas por su inclusión en este mismo catálogo, y todavía la doctrina jurídica conservadora sigue discutiendo si los derechos sociales se ajustan al marco jurídico de los derechos humanos fundamentales.

[3] Sobre la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales, v. Castro (1988), Martínez (1988) y Reis (2005). De hecho, los particulares pueden estar a cargo de la prestación de un derecho social, pues los derechos sociales gozan de una "doble cara": se hacen valer tanto hacia los poderes públicos como en las relaciones entre particulares. Lo que hay detrás de estas argumentaciones es que los derechos sociales no se reducen a una simple obligación del Estado, sino que también involucra a los particulares. En efecto, resulta difícil el cabal respeto de los derechos sociales sin incluir a los particulares dentro del mandato de la norma. Tal vez resulta más fácil explicarlo dentro de las relaciones laborales. Los derechos laborales regulan la actividad privada entre empleador y trabajadores debido a la desigualdad real que existe en dicha relación. El Estado interviene en esa relación privada por medio de su regulación y evidencia el carácter tutelar que cumple dentro de ella en favor de los trabajadores. De manera similar, se reproduce con los demás derechos sociales. Así, parece admisible que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, o el derecho a la protección de la salud, o los derechos de huelga y libertad sindical, deban ser considerados como situaciones jurídicas operativas tanto frente a los poderes públicos como en las relaciones jurídicas entre particulares. De igual forma, Luño (2010, p. 93), al estudiar la doctrina y jurisprudencia alemana sobre la *Drittwirkung der Grundrechte* (eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales), sostiene: "Se trata, en suma, de la aplicación de los derechos fundamentales no solo en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también en las relaciones entre personas privadas. (…) De forma explícita, y con especial referencia a los derechos sociales, ha señalado la Corte Federal del Trabajo que estos derechos fundamentales no garantizan solo la libertad del individuo frente al poder público, sino que contienen principios ordenadores de la vida social, que tienen también relevancia inmediata para las relaciones jurídico-privadas".

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

En ese contexto, a pesar de la extraordinaria expansión de las actuaciones institucionales dedicadas al desarrollo[4], con el establecimiento de amplios sistemas de compensación e inclusión a lo largo del último tercio del siglo diecinueve y, sobre todo, de los dos primeros tercios del siglo veinte bajo la égida del llamado *Welfare State* o "Estado social", la realidad delineada desde los movimientos de contrarreforma neoliberal emprendidos en los años setenta, a partir de la gran crisis del modelo hegemónico que había garantizado el crecimiento de los países capitalistas centrales en la posguerra (1945-1973), cuyos efectos se hacen prolongar hasta el presente y se desvelan (para luego velarse nuevamente) más intensos a cada nueva crisis del capitalismo, tornó común el punto de vista según el cual las políticas públicas (y, por tanto, la utilización del poder del Estado con el propósito de equilibrar situaciones de desigualdad material o excluir determinados bienes del libre juego del mercado) serían una inevitable fuente de indeseable burocratización, y los derechos a ellas relacionados, gravosos, verdaderas "trampas" que tenderían a cercenar la eficacia económica, las libertades personales y las libertades de los mercados, o quizá derechos meramente programáticos, imponiendo, a pesar de la vigencia formal y de la extensión de los derechos sociales en muchas Constituciones y tratados internacionales, una nueva *lex mercatoria*, cada vez más global, que debilita la eficacia vinculante de los derechos sociales y, con ello, el alcance real del principio democrático y de actuación social del tradicional Estado de derecho (PISARELLO, 2007).

El discurso contemporáneo respecto del carácter normativo, y no solamente político, de las Constituciones modernas no se ha extendido suficientemente, así, al ámbito de los derechos sociales. En cuanto a estos, su exigibilidad ha permanecido relegada a un segundo

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

plano con relación a unos u otros derechos, como los civiles, sobre todo si se comparan con derechos patrimoniales como propiedad y libertad de iniciativa económica (PISARELLO, 2003). Así mismo, las garantías institucionales de los derechos sociales (legislativas y administrativas) han demostrado ser débiles frente a los robustos mecanismos de tutela de los derechos patrimoniales y las instancias jurisdiccionales poco han aportado, de hecho, para alejar esa tendencia (MARTÍN, 2006). La insistente vigencia, entre los operadores jurídicos más tradicionalistas, de la tesis según la cual los derechos sociales traen en sí meros principios rectores o sencillas cláusulas programáticas, o la idea de que los órganos jurisdiccionales nada pueden ni deben hacer para garantizarlos, o, sobre todo, la idea recurrente de la "reserva del posible"[5], son algunas evidencias de esa (nueva) *lex mercatoria*[6].

De esa manera, el Estado democrático tradicional, lejos de convertirse en un auténtico Estado social constitucional, ha operado a menudo de forma residual y como Estado legislativo y administrativo, con prestaciones limitadas a la complementación y a la corrección de las acciones de los mercados y actuación orientada a disciplinar a la pobreza y asegurar, sobre todo al servicio de esos mercados, el orden y la seguridad pública. Con pocas excepciones, el "núcleo duro" de las políticas sociales que vienen siendo adoptadas después la crisis, en los años setenta, del tradicional *Welfare State*, todavía no está relacionado con la garantía de derechos sociales generalizables, o sea, de expectativas estables substraídas a la coyuntura política y, por tanto, indisponibles para los poderes de turno: las políticas públicas han sido pautadas por intervenciones selectivas, relacionadas con la capacidad de reclamación de ciertos segmentos, que, más que igualar a los desiguales, tienden a operar como concesiones discrecionales y, por tanto, revocables, cuando no como auténticas medidas de control de los pobres[7].

A pesar de su apelación al discurso técnico, esa percepción desvalorizada de los derechos sociales se asienta, sobre todo, en mitos forjados por prejuicios ideológicos[8]. Lo que defendemos, en síntesis, es que no se puede hablar de efectividad de los derechos humanos fundamentales, incluso de los propios derechos civiles y políticos, sin la garantía del mínimo

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

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

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

[8] En ese sentido, v. Schwarz (2011a).

existencial[9], un abanico de bienes económicos, sociales y culturales que corresponde a lo que ordinariamente se llama "derechos sociales": no podemos garantizar derechos sociales desde el presupuesto de la previa y necesaria realización de los derechos civiles (individuales) y políticos exclusivamente, ni tampoco el contrario: en síntesis, el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, no puede realizarse a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos.

Ciertamente, la persistente vulneración de los derechos sociales está relacionada, de forma intrínseca, con las asimétricas relaciones (intersubjetivas y colectivas) de poder existentes en las sociedades actuales y con la solución dada a los persistentes problemas de distribución en el ámbito social. Sin embargo, el papel que para tal vulneración remanente desempeña la percepción simbólica e ideológica de esas relaciones de desigualdad no es menor (ALTHUSSER, 2010). Por tanto, si en las sociedades actuales las decisiones dependen, en gran parte, de la percepción que se tiene de la realidad, un presupuesto indispensable para la remoción de los obstáculos a la realización de los derechos sociales es la negación de la lectura política y jurídica conservadora que, normalmente, se hace de los mismos.

Hablar de derechos humanos fundamentales, pues, es hablar de hacer accesibles los derechos sociales a grupos humanos que habitualmente no tendrían acceso efectivo a ellos.

3 LA DETERMINABILIDAD Y TUTELABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Incluso entre aquellos que están dispuestos a reconocer que los derechos sociales no son simples derechos tardíos, ni tampoco programáticos, y que consiguen concebir los derechos civiles, políticos y sociales como derechos con fundamentos comunes, existe la convicción de que los derechos sociales se diferencian estructuralmente de los derechos civiles y políticos, diferencia estructural que incide, sobre todo, sobre las concepciones de posibilidades de tutela de los derechos sociales.

En ese contexto, los derechos civiles y políticos son tradicionalmente identificados como derechos negativos, no onerosos, exigibles y, además, de fácil protección, al tiempo que los derechos sociales serían derechos positivos, gravosos, indeterminados y de eficacia mediata, condicionados, en su concretización, por criterios de razonabilidad o de disponibilidad, a la reserva del posible, o sea, a contingencias, sobre todo económicas[10].

[9] La propia definición del *mínimo existencial* pasa por el diálogo social, que demanda una amplia participación de los destinatarios de los derechos sociales en la elaboración, aplicación y evaluación de políticas públicas.
[10] Sobre diferentes variaciones de esa formulación, v. Abramovich y Courtis (2002, pp. 21 y ss.).

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

Los derechos civiles y políticos son, también, derechos positivos, de prestaciones. Así pues, el derecho de propiedad, por ejemplo, no demanda, como habitualmente apunta el pensamiento liberal clásico, solamente la ausencia de interferencias arbitrarias, sino un amplio número de prestaciones públicas gravosas que van desde la creación y mantenimiento de diversos tipos de registros (de propiedad automotora, inmobiliaria o industrial, por ejemplo) a la creación y mantenimiento de fuerzas de seguridad y órganos jurisdiccionales que puedan garantizar el cumplimiento de los contratos. El derecho político de voto contiene, asimismo, una amplia y gravosa infraestructura que incluye desde cuestiones mínimas, como urnas, papeletas electorales, etc., a otras más complejas, como escrutadores, mecanismos de conteo, recuento y registros, logística, órganos jurisdiccionales, etcétera.

Todos los derechos civiles y políticos, en síntesis, comportan, de la misma forma que los sociales, una dimensión distributiva cuya satisfacción demanda recursos financieros y humanos. En síntesis, no solo los derechos sociales implican costes para el Estado; los derechos civiles y políticos, tanto cuanto exigen una abstención del Estado y/o de los particulares, o sea, la no intervención en la esfera de autonomía y libertad de los individuos, dependen de una gravosa estructura estatal para ser hechos realidad. Lo que está en juego, por tanto, no es cómo garantizar derechos "caros", sino decidir cómo y con qué prioridad serán asignados los recursos que todos los derechos, civiles, políticos y sociales, exigen para su satisfacción[11].

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

[11] La idea de que todos los derechos tienen un coste constituye el argumento central de Holmes y Sunstein (2000).

Podemos afirmar, en síntesis, que todos los derechos, civiles, políticos y sociales, de una forma o de otra, determinan obligaciones exigibles, negativas, de abstención o respeto, y positivas, de intervención o satisfacción, de los poderes públicos y, además, obligaciones concernientes a su protección frente a vulneraciones provenientes de acciones u omisiones de particulares[12].

Por otro lado, una de las principales obligaciones que los derechos sociales generan para los poderes públicos supone el respeto a un deber negativo, fundamentado en el principio de no-regresividad, que, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, obliga a los poderes públicos a no adoptar políticas y, en consecuencia, sancionar normas que vengan a desmejorar, sin razón justificada, la situación de los derechos sociales en el país.

Ese mismo principio de irreversibilidad de las conquistas sociales fue articulado constitucionalmente desde la aprobación, en Alemania, de la Ley Fundamental de Bonn (1949)[13], como corolario de la fuerza normativa de la Constitución y del contenido mínimo o esencial de los derechos en ella reconocidos, y se extendió hacia diversos ordenamientos jurídicos, como el portugués[14], el español[15], el colombiano[16], el brasileño[17] y el francés[18].

La idea de no-regresividad no retira al Estado la posibilidad de promover ciertas reformas en el ámbito de sus políticas sociales, *prima facie* regresivas, por ejemplo para (re)asignar los recursos necesarios a la inclusión social de determinados grupos en situación de mayor vulnerabilidad. Ahora bien, los poderes públicos tienen que demostrar siempre a la ciudadanía que las alteraciones que pretenden promover redundan, al final, en una mejor protección de los derechos sociales. Así, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, "cualquier medida deliberadamente regresiva (…) requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos que se dispone" (COURTIS, 2006, p. 79).

---

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

[13] Sobre el caso alemán, v. Alexy (1994).

[14] En Portugal, Canotilho (2016, p. 449) apunta a la existencia de cláusulas constitucionales implícitas que prohíben una "evolución reaccionaria" o el "retroceso social".

[15] En España, el tema de la irreversibilidad de los derechos sociales fue tratado por Marín (1996).

[16] V., en ese sentido, Arango (2001).

[17] V., en ese sentido, Sarlett (2002).

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

Prestando atención a determinados criterios, la razonabilidad o proporcionalidad de un programa o de una acción aparentemente regresiva, en materia de derechos sociales, puede ser contrastada, de modo que pueda permitir al Estado justificar el programa o política, sin perjuicio del reconocimiento de un núcleo mínimo absolutamente protegido (ALEXY, 1994), contra lo cual no cabe limitación alguna, aunque sea considerada "proporcional"[19].

Hay, así, elementos básicos que integran la "prueba" de proporcionalidad en algunos ordenamientos contemporáneos, como el alemán, al que podemos recurrir a través del derecho comparado. Esos criterios incluirían: a) la *legitimidad* de la medida en pauta, o sea, su vinculación al ordenamiento y, sobre todo, a los fines prescritos; b) la *aptitud* de la medida en pauta, o sea, su carácter realmente adecuado a la protección de los fines prescritos; c) la *necesidad* de la medida en pauta, o sea, su carácter imprescindible y, antes de nada, la inexistencia de medios menos gravosos para los derechos afectados; y d) la *proporcionalidad*, en sentido estricto, de la medida en pauta, o sea, si de ella derivan más beneficios y ventajas de interés general de lo que para otros bienes y valores en conflicto[20].

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

En síntesis, si la idea de la reserva del posible puede ser utilizada como argumento a la ciudadanía por los gobiernos en el sentido de justificar la falta de materialización de determinados derechos sociales, si todos los derechos, civiles, políticos y sociales, son, en mayor o menor grado, gravosos, y si lo que está en juego, en realidad, es decidir cómo y con qué prioridad serán asignados los recursos que los derechos, civiles, políticos o sociales exigen

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

[20] Para más formulaciones en ese sentido, v. Pulido (2003).

para su satisfacción, el poder político, al invocar la reserva del posible, debe demostrar siempre que está haciendo lo máximo posible (en todos los campos: financiero, personal, tecnológico etc.) y que está dando prioridad a los grupos más vulnerables[21].

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

Por otro lado, los derechos sociales también son habitualmente caracterizados como derechos "vagos" o indeterminados. Así, fórmulas como "derecho al trabajo" dirían muy poco respecto del efectivo contenido del derecho en cuestión, así como de las obligaciones que advienen de él, razón por la cual los derechos sociales, clásicamente, comportarían algunas obligaciones de resultado, dejando indeterminados, sin embargo, los instrumentos concretos de acción para alcanzarlas.

Pero los argumentos que apuntan a la conclusión de que los derechos sociales son derechos de difícil protección no se sostienen. Cierto grado de indeterminación, incluso en términos semánticos, es inherente no solo al lenguaje jurídico, sino al propio lenguaje natural. En el caso de derechos humanos y/o fundamentales, consagrados en tratados internacionales o en las Constituciones, esa indeterminación puede advenir mismo de una exigencia derivada del pluralismo jurídico, pues una regulación excesiva del contenido y de las obligaciones consecuentes de un derecho podría cercenar el espacio democrático del diálogo social sobre su alcance[22]. Así, ni la apertura relativa en la formulación de los derechos sociales tiene el efecto de tornarlos ininteligibles, ni la indeterminación supone un límite insuperable (PISARELLO, 2007).

Términos asociados a los derechos civiles clásicos, como honor, propiedad y libertad de expresión, no son menos obscuros que los comúnmente encontrados en el ámbito de los derechos sociales. Todos los derechos están provistos de un "núcleo de certeza" (HART, 2012), delineado por convenciones lingüísticas y prácticas hermenéuticas que no son absolutamente

[21] Aquí, como señala Schwarz (2011a) observamos un mandato claro dirigido al poder político: si hay un grupo más vulnerable y los recursos son limitados, las políticas deben ser prioritariamente dirigidas a las necesidades de esos grupos más vulnerables. En ese contexto, la justificación de la *reserva del posible* encierra un juicio comparativo entre qué *no se puede hacer* y qué *se está haciendo*, y demanda siempre la demostración del empleo del máximo recurso: si hay *superávit* fiscal, por ejemplo, no se justifica la exposición de las personas a condiciones de vida indigna desde el recurso de la reserva del posible.

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

estáticas, sino dinámicas, y que, por eso, incluso contemplan, en cualquier tiempo, la posibilidad de desarrollo interpretativo y de "zonas grises". En esos contextos, si la mayor parte de los esfuerzos de la actividad legislativa, jurisdiccional y doctrinaria están dedicados a los derechos civiles y políticos, eso no corresponde a una mayor oscuridad estructural de los derechos sociales, sino a una opción deliberada e ideológica (ALEXY, 1994; MELLO, 2009).

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

Muchos de esos criterios son lo que denominamos *soft law,* o sea, constituyen pautas meramente interpretativas que, a pesar de poseer estructura jurídica, no tienen carácter obligatorio. Sin embargo, su invocación por los destinatarios del derecho y su consideración por los poderes públicos podría ayudar, de forma eficiente, para la definición de un contenido de los derechos sociales y de las obligaciones que de ellos advienen, sea para los poderes públicos, sea para los particulares.

En ese sentido, por ejemplo, diversos tribunales han reconocido la tesis de la existencia de marcos mínimos o esenciales en materia de derechos sociales, obligatorios tanto para los poderes públicos como para los actores privados, desde el derecho internacional o de los marcos consagrados en los propios ordenamientos constitucionales. Así, como señala Alexy (1994), el Tribunal Constitucional alemán entendió que, a pesar de que los derechos sociales no estén consagrados de forma explícita en la Ley Fundamental de Bonn, es posible derivar de ella el derecho a un mínimo vital existencial, vinculado al principio de la dignidad de la persona[23], de la igualdad material[24] o mismo del Estado social[25].

[23] Art. 1: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verflichtung aller staatlichen Gewalt" (La dignidad de la persona humana es intangible. Todos los poderes públicos están obligados a respetarla y a protegerla).

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

[25] Art. 20.1: "Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat" (La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social).

Asimismo, la Corte Constitucional colombiana ha deducido, del texto constitucional, el derecho a un "mínimo vital", integrado por aquellos bienes y servicios necesarios para una vida digna, sobre todo en situaciones de urgencia[26], extendiendo el alcance de este "mínimo" a la definición de derechos relativos a la salud, a la vivienda y a la seguridad social. Así, ni la determinación del contenido de los derechos sociales, ni la estipulación de las acciones que su satisfacción exige, ni la identificación de los sujetos implicados, son cuestiones que se coloquen fuera del alcance de los órganos jurisdiccionales.

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

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

4 LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

A pesar de la existencia de diversos argumentos que desmienten la tesis según la cual los derechos sociales son derechos estructuralmente diferentes de los derechos civiles y políticos, esa caracterización tiene un fuerte impacto desde el punto de vista dogmático sobre la cuestión de la tutela de los derechos sociales (sobre su judicialización, sobre todo).

[26] Esta vinculación entre el concepto de mínimo vital y las situaciones de urgencia constitucional fue analizada por la Corte, por ejemplo, en su Sentencia T-1150 de 2000 sobre desplazamiento forzoso. En ese sentido, v. Ávila (2002).

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

Desde un punto de vista dogmático, sin embargo, la situación se presenta un poco más compleja. En líneas generales, tenemos que los llamados derechos fundamentales son aquellos a los que se atribuye una mayor relevancia dentro de un determinado ordenamiento jurídico, relevancia que puede ser medida desde la inclusión del derecho en normas de mayor valor dentro del ámbito del ordenamiento interno, como las constitucionales, o mismo en tratados y convenciones internacionales (FREIRE, 1997).

Así las cosas, es posible que determinados derechos, que podrían ser considerados fundamentales desde un punto de vista axiológico, también lo sean desde una perspectiva dogmática, pero no siempre se produce esa conexión, de forma que los ordenamientos pueden incorporar, en sí mismos y como fundamentales, intereses y necesidades discriminatorias o excluyentes, siempre criticables desde el punto de vista axiológico[27].

De cualquier forma, no son, de hecho, las garantías concretas de determinado derecho lo que permiten clasificarlo como fundamental. Al contrario, es precisamente la inclusión de un derecho en el ordenamiento como fundamental lo que obliga a los operadores jurídicos a maximizar los mecanismos necesarios para su garantía y protección. Por tanto, si desde una perspectiva axiológica podemos decir que existe cierta equivalencia entre las expresiones "derechos fundamentales", "derechos humanos" y "derechos de las personas", desde una perspectiva dogmática podemos decir que también hay cierta equivalencia entre las expresiones "derechos fundamentales" y "derechos constitucionales"[28].

En los ordenamientos actuales, el reconocimiento de un derecho como fundamental, por sí solo, implica la atribución al mismo de un contenido mínimo y, con eso, la imposición de ciertas obligaciones elementales para los poderes públicos, incluso (o principalmente)

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

[28] De esa forma, la eventual ausencia de garantías legislativas o jurisdiccionales para un derecho constitucional, sea civil, político o social, no lleva a la conclusión de no tratarse de un derecho fundamental, sino, al contrario, demuestra la falta de cumplimiento, o el cumplimiento insuficiente, del mandato implícito de actuación contenido en la norma por parte de los operadores políticos y jurídicos. No es el derecho lo que no es fundamental, sino el poder político que incurre en una actuación desvirtuada u omisa, lo que deslegitima esa actuación. En ese sentido, v. Ferrajoli et al. (2005).

obligaciones de no discriminación, no regresividad y progresividad. Eso no impide, por cierto, que el alcance de determinados derechos dependa de lo que los propios ordenamientos vengan a estipular. Hay Constituciones que desarrollan de manera bastante minuciosa el contenido de los derechos sociales[29]; otras solamente ofrecen regulaciones mínimas de los derechos sociales o relegan esos derechos al ámbito de los derechos meramente implícitos[30]. Algunas Constituciones estipulan con detalle las obligaciones que la consagración de un derecho comporta para los poderes públicos y, asimismo, para los actores privados, mientras que otras solo hacen mención a esas obligaciones[31].

Si la inserción en el texto constitucional indica el carácter fundamental de un derecho social, ese no es, sin embargo, un requisito imprescindible dado el principio de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos, pues cualquier Constitución que incluya el principio de la igualdad en materia de derechos civiles y políticos básicos estaría planteando, en el fondo, un mandado de generalización que obligaría a la inclusión, al menos de forma indirecta, de los derechos sociales a ellos vinculados. Eso ocurre, actualmente, en diversos ordenamientos que no reconocen explícitamente los derechos sociales o no les otorgan el estatuto de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en esos ordenamientos, el derecho a la vivienda digna ha sido deducido de otros derechos, como el de la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad o a la vida privada y familiar[32].

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas ha sostenido que los poderes públicos tienen el deber de asegurar, en todo momento e incluso en épocas de crisis o de dificultades fácticas, económicas y políticas, al menos los contenidos esenciales de los derechos humanos fundamentales. Asimismo, diferentes ordenamientos consagran el deber de los Estados del respeto al contenido mínimo o esencial de los derechos reconocidos en Constituciones o convenciones y tratados internacionales[33],

[29] Por ejemplo, las Constituciones de Italia, de 1947, de Portugal, de 1976, y de Brasil, de 1988. La Constitución de África del Sur, de 1996, incorpora derechos sociales *emergentes*, que van más allá de los tradicionales, como el derecho al agua.

[30] Por ejemplo, la Constitución de Estados Unidos.

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

[32] En el caso *López Ostra contra España* (1994), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) consideró que la ausencia de control de los poderes públicos sobre una industria contaminante que afectaba a la salud y la seguridad de las personas que vivían en sus inmediaciones constituía una violación del derecho a la vida privada y familiar. En este caso están implicados derechos al medio ambiente, a la salud y a la vivienda de forma interrelacionada. En ese sentido, v. Schwarz (2011a)

[33] Por ejemplo, el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn (1949), "1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. 2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden" (Cuando, de acuerdo

contenido que está condicionado por el contexto en el que se aplica el derecho y que admite una permanente actualización histórica[34].

De cualquier forma, ese mínimo será siempre una barrera que no se puede traspasar, que obliga a una permanente delimitación que demanda cierta integración entre justicia y política, entre jueces y legisladores. El reconocimiento constitucional de los derechos sociales determina, bajo cualesquiera circunstancias, e incluso en tiempos de crisis económica, un núcleo indisponible para los poderes de turno, incluso para los órganos jurisdiccionales, razón por la cual ninguno de esos poderes puede dejar de reconocerlos y, por tanto, de asegurarlos a todas las personas, sobre todo a aquellas que se encuentren en una posición más vulnerable[35].

Cuando hablamos de la justiciabilidad de los derechos sociales, sin embargo, habitualmente verificamos la existencia de un argumento que tiende a refutar la plenitud de la actuación de los órganos jurisdiccionales: la falta de legitimación democrática de los órganos jurisdiccionales[36]. Según el argumento de la falta de legitimación democrática de los órganos jurisdiccionales, admitir la exigibilidad judicial de los derechos sociales introduciría un inadmisible elemento antidemocrático en los sistemas participativos de representación popular. Además, ese control desvirtuaría la función que las Constituciones desempeñan en las complejas sociedades plurales contemporáneas: al intervenir en ciertas políticas públicas, los órganos del Poder Judicial estarían, en realidad, "constitucionalizando" de manera indirecta un cierto modelo económico concreto de desarrollo, de modo que la Constitución dejaría, así, de contener un mandado abierto y pluralista, en el cual caben doctrinas políticas diversas. Y, también, tales intervenciones tenderían a desconocer restricciones de orden presupuestario y a

---

con la presente Ley Fundamental, un derecho fundamental pueda ser restringido por una ley o en virtud de una ley, esta debe valer de forma general, y no solamente para un caso específico. El derecho fundamental, además, debe estar enunciado en la ley, con indicación del artículo referido. Eso no debe, sin embargo ni en caso alguno, importar en infracción a la substancia de un derecho fundamental). Así como el art. 18 de la Constitución Portuguesa (1976), "1) Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2) A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3) As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais".

[34] Según Schwarz (2011a), "El contenido esencial de esos derechos no supone una concepción abstracta o trascendente: la frontera entre aquello que podemos considerar esencial, o básico, y lo que podemos caracterizar como adicional, o no-esencial, es siempre móvil, histórica y abierta".

[35] Así, según Langford (*apud* Pisarello, 2007, p. 86), "No solo existiría, en suma, un contenido mínimo o esencial atribuible a cada derecho civil, político o social de manera aislada, sino también un mínimo de población, la integrada por los colectivos en situación de mayor vulnerabilidad, que, sobre todo en épocas de crisis, debería gozar de la protección prioritaria de los poderes públicos".

[36] Sobre la carencia democrática del Poder Judicial a propósito de la Corte Suprema de Estados Unidos, v. Bickel (1986).

ser irresponsables desde el punto de vista del respectivo impacto financiero, llevando a una especie de populismo judicial[37].

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

Por ejemplo, en el caso *Himachal Pradesh State v. Sharma* (1986), el Tribunal Supremo de India ordenó al gobierno la construcción de una carretera sobre la que ya existía una decisión administrativa, corroborando la tesis de que el gobierno (poder ejecutivo) asume compromisos prestacionales por el hecho de no poder actuar contra sus propios actos *(venire contra factum proprium non valet)*. En 1997, el Tribunal Supremo de Finlandia confirmó la decisión de otro tribunal que condenó a cierto gobierno municipal a indemnizar a una persona desempleada por mucho tiempo por no haberle conseguido una colocación en seis meses, a lo que se había comprometido. En Brasil, un Tribunal Regional Federal, por un lado, instó al gobierno a que realizase el desdoblamiento de una carretera en el Estado de Santa Catarina, en el Sur del país, ante la responsabilidad del Estado en muertes y mutilaciones, consecuencia de frecuentes accidentes de circulación en esta carretera, mantenida por la Unión Federal; por otro lado, determinó que el Estado pasase a exigir en el etiquetado de todas las bebidas alcohólicas la expresión "el alcohol puede causar dependencia y su exceso es perjudicial para la salud" basándose en el Código de Defensa del Consumidor[38].

La extensión del control jurisdiccional, realidad incontestable[39], lejos de pautarse por la falta de legitimación democrática, viene, por el contrario, a hacer efectivo el paradigma

[37] Sobre esa probable "fetichización" del uso de los derechos, v. Brown y Williams (2003).
[38] Sobre algunas de esas decisiones, v. Pisarello (2007, p. 91) y Broliani (2005, p. 130).
[39] De hecho, no podemos olvidar aquí el fenómeno que suele llamar *Verrechtlichungsshüb*, que consiste en la expansión, diversificación y sofisticación de los mecanismos jurídicos por los cuales el poder público, sobre todo el Poder Judicial, pasó a interferir en las relaciones sociales, histórica y originariamente concebidas como del dominio del mercado o de la costumbre. Es necesario prestar atención al hecho de que ese fenómeno, aunque se haya intensificado en el curso de la expansión del Welfare State europeo y pueda ser visto como su subproducto necesario, está presente en toda experiencia jurídica contemporánea.

democrático, superando la llamada "dificultad contra-mayoritaria" (BICKEL, 1986). Así pues, al menos coyunturalmente, la tutela de derechos fundamentales y de principios relacionados con el propio Estado social y democrático de derecho en una verdadera democracia representativa no puede quedar restricta solamente a órganos legislativos, naturalmente sensibles a las presiones mayoritarias (de la mayoría) y escasamente sensibles a las demandas que no determinan, en sí, posibles beneficios electorales inmediatos, o incluso a aquellas demandas que escapan a cierta "lógica de partido".

En ese contexto, es exactamente el supuesto elemento apuntado como "antidemocrático" (la falta de responsabilidad política de los jueces y la independencia que de ello emana) lo que convierte al Poder Judicial en el instrumento "idóneo" (si bien no el único, ni necesariamente el principal) para ejercer cierto control sobre los demás poderes, especialmente en lo que se refiere a los intereses políticamente poco visibles y audibles de las "minorías" subrepresentadas en los canales tradicionales[40]. Es el caso, por ejemplo, de los indígenas, de los presos y de los inmigrantes, que no pocas veces encuentran en el ámbito de los tribunales la protección que los órganos políticos y administrativos les niegan[41].

El control jurisdiccional sobre las políticas económicas y sociales no se revela, por tanto, como una expresión restrictiva a la democracia; al contrario, lo hace como una verdadera condición para su mantenimiento en el tiempo y para la adecuación de la acción de los poderes políticos a los principios del propio Estado social.

Se rompe, así, con la idea de la inmunidad de los poderes discrecionales en el campo de las políticas públicas, que otorga prestigio al político en detrimento del jurídico y encastilla la resistencia al control judicial: tanto por la relectura contemporánea de la separación de poderes, hoy mucho más una separación constitucional de funciones, cuanto por la emergencia del concepto material y valioso de democracia, no se sostiene una independencia en la que el

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

[41] "Refiriéndose a estos supuestos en Estados Unidos, el juez Brennan, miembro del Tribunal Supremo Estadounidense, constataba que 'las cortes han emergido como una fuerza crítica detrás de los esfuerzos para mejorar las condiciones inhumanas'. Intentando explicar las razones de ese papel, argumentaba: 'Aisladas, como están, de las presiones políticas, e investidas con el deber de aplicar la Constitución, las cortes están en la mejor posición para insistir en que las cuestiones inconstitucionales sean remediadas, incluso si el coste económico es significativo" (Uprimny, 2001, pp. 164-165).

poder ejecutivo tenga una inmunidad absoluta, ni se puede hablar suficientemente del control democrático formal, por las urnas, para legitimar sus decisiones. La plenitud de la normatividad constitucional exige una multiplicación de controles, externos e internos, sobre la actividad de los poderes estatales, no como una sustitución del político y del administrador por el juez, sino a partir del reconocimiento de que a este compete constitucionalmente velar por el derecho (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983).

Por otro lado, la introducción de controles jurisdiccionales sobre las mayorías legislativas coyunturales, con vistas a la tutela de los derechos sociales en favor de las minorías en situaciones de vulnerabilidad o de verdaderas mayorías marginadas, no debilitaría el carácter "abierto" de las Constituciones ni el pluralismo político, ni tampoco el propio principio democrático. Al contrario, esos controles solamente asentarían su mayor posibilidad real de concretización, de forma adecuada al principio del Estado social[42].

Además, el impacto financiero y presupuestario de las actuaciones del Poder Judicial en la tutela de los derechos humanos fundamentales, civiles, políticos o sociales, es inevitable si aceptamos las condiciones que, al menos en el plano formal, caracterizan una democracia constitucional. La existencia de ciertos intereses básicos, indisponibles para los poderes de turno, implica la existencia de un límite infranqueable para la libre configuración de los costes públicos. Además, la limitación de la libre configuración de los costes públicos es un corolario del respeto al contenido mínimo o esencial de los derechos (ARANGO, 2001).

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

[42] Según Canotilho (2016, pp. 9 y ss.), la "abertura" constitucional no equivale a la neutralidad, y si queremos prolongarla en el tiempo tenemos que ser capaces de preservar las bases materiales que sostienen los procesos de democratización: una Constitución que reconoce derechos sociales o que, en nombre del principio del Estado social, impone deberes, positivos y negativos, a los poderes públicos y al mercado no puede ser "neutra" en términos económicos, del mismo modo que una Constitución que prohíbe la tortura y garantiza el debido proceso legal no es "neutra" en materia de política criminal. Así, según Uprimny (2001, pp. 190 y ss.), las mayorías legislativas no pueden, por ejemplo, invocar el principio democrático para justificar una estrategia de actuación contra el crimen basada en la tortura sistemática y en el desconocimiento masivo de los derechos de los ciudadanos, del mismo modo que no pueden hacerlo para justificar la eliminación del derecho a la huelga o la regresión deliberada en materia de derechos sociales.

la busca de una posible mediación entre la garantía de los derechos civiles, políticos y sociales básicos, la división de funciones y el equilibrio presupuestario (LANGFORD, 2005).

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

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

5 HACIA ALGUNAS CONCLUSIONES: ESCASEZ DE RECURSOS Y TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES

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

La primera de esas falacias se apoya en el argumento de que los derechos sociales serían derechos de segundo orden. A ella se contrapone el hecho de que los derechos sociales no se justifican simplemente para compensar desigualdades sociales, sino que se corresponden a núcleos integradores y legitimadores del bien común, pues será a través de ellos que se podrá garantizar la seguridad, la libertad, la sustentación y la continuidad de la sociedad humana.

La segunda falacia se relaciona con el argumento de que la exigibilidad de los derechos sociales fundamentales está condicionada al vigor económico estatal. Sin embargo, lo cierto es

que la existencia de recursos públicos para posibilitar los derechos está asociada a las opciones políticas que definirán la destinación de los recursos por medio de políticas públicas. Así, el argumento de la necesidad de una economía fuerte no es necesariamente verdadero; bastaría algo de voluntad política para destinar los recursos necesarios de acuerdo con el tamaño de la economía y con las prioridades reales de la sociedad.

La tercera falacia está más relacionada con el argumento de la reserva del posible. No se puede, sin embargo, vincular la realización de los derechos sociales a la existencia de recursos ignorando que los costes son inherentes a la materialización de todos los derechos, de modo que el establecimiento de una relación entre la escasez de recursos y la afirmación de derechos acabe resultando en una amenaza a todos los derechos. Además, la reserva del posible no es una especie normativa (no determina un Estado de cosas a ser alcanzado), ni tampoco es un mandado de optimización. En verdad, ni siquiera puede ser identificada como un principio. Lo que se pondera no es la reserva del posible, sino la escasez de recursos que supondría.

Sin embargo, existe una diferencia substancial entre la inexistencia de recursos y la elección de prioridades en la distribución de los recursos existentes. Existe, pues, la necesidad de diferenciar lo que no es posible porque no existen medios suficientes, incluso con la observancia de normas constitucionales que determinan la asignación de recursos a áreas sensibles, como la educación y la salud, y lo que no es posible porque los medios disponibles fueron asignados a otras prioridades (KRELL, 2002). En la medida, por tanto, en que todos los derechos dependen, en mayor o menor grado, de recursos financieros para ser materializados, la cuestión de la asignación de los mismos, o sea, determinar qué bienes jurídicos serán prioritariamente promovidos, se muestra relevante y plausible de ser argüida ante los tribunales. Así, se impone distinguir un argumento relacionado con la inexistencia de recursos necesarios para la materialización de un deber constitucional de la asignación de recursos efectuada contrariamente a las disposiciones constitucionales.

Uno de los mecanismos que se vienen utilizando en los tribunales para realizar ese tipo de control es el empleo del principio de proporcionalidad, que les permite indagar si cierta política pública es acorde con fines constitucionalmente legítimos, si es adecuada o no para el alcanzar esos fines y si se vale de medios posibles, razonables y menos gravosos para los derechos a los que afecta. Ese control de proporcionalidad está, en realidad, estrechamente asociado al control de razonabilidad (la razonabilidad ponderativa[43]), mediante el cual algunos

[43] Según Ferraz Junior (2007, pp. 40 y ss.), la razonabilidad de un acto, de una sentencia o de una ley debe ser vista desde tres aspectos: la razonabilidad significa una adecuada subsunción, adecuada *esencialmente* cuando se da en virtud de la norma jurídica; adecuada *existencialmente* cuando se da en virtud de un *estándar* de comportamiento

tribunales llegaron a incluir un deber de prioridad de los más vulnerables; es decir el deber de que la política pública analizada ofrezca respuestas, si no para toda la sociedad, por lo menos para los grupos más vulnerables, con necesidades más urgentes (SUNSTEIN, 2001).

En síntesis, los poderes públicos no pueden, de hecho, ser llevados a hacer lo imposible. Sin embargo, lo que es posible (o imposible) en la esfera económica, social y cultural debe ser probado, y no solamente presumido. Así, los órganos políticos deben demostrar siempre que están empleando el máximo de sus esfuerzos y el máximo de sus recursos para satisfacer los derechos en cuestión, que están divulgando información suficiente y clara, y que escuchan a los destinatarios de los derechos en cuestión, que se están esforzando para controlar y monitorizar el efectivo cumplimiento de las políticas y programas ya existentes, allende planear para el porvenir; y que, en el núcleo de las políticas y programas que están siendo planeados o ejecutados, está la solución, a corto, medio o largo plazo, para los problemas que afectan a la sociedad; principalmente, a los grupos más necesitados.

Los tribunales, en consecuencia, pueden y deben controlar la razonabilidad de las respuestas de los poderes públicos a las demandas sociales, respetando el principio de la división de poderes y prestando atención a las consecuencias de sus decisiones, pero siempre sin alejarse de su deber de dar efectividad a los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución[44]. En ese contexto, las prácticas de activismo judicial, moderadamente ejercidas por los tribunales, se convierten en una necesidad institucional cuando los demás órganos de los poderes públicos se inhiben o retrasan su actuación.

Esa comprensión constitucionalmente adecuada del activismo judicial en el Estado democrático de derecho procede, lógicamente, de las siguientes conclusiones: a) los derechos sociales dependen, para su efectividad, de la articulación entre derecho y política, una vez que es por medio de la implementación de políticas públicas emancipadoras que es posible transformar las premisas de idealidad consubstanciadas en las Constituciones y en los tratados sobre derechos humanos en realidad; b) la formulación y la implementación de las políticas públicas debe basarse en procedimientos que garanticen la formación discursiva de la voluntad

jurídico; adecuada *verdaderamente* cuando se da en virtud de un criterio de justicia acogido por el ordenamiento. La valoración de la razonabilidad en términos ponderativos se da por la comparación, en una norma u opción dadas, del hecho antecedente y de la prestación de la consecuencia. Ya la valoración de la razonabilidad electiva exige la comparación de, por lo menos, dos normas u opciones y del modo como, en ellas, a ciertos hechos son atribuidas determinadas consecuencias y a otros no. Para apreciar la razonabilidad ponderativa, es necesario entender cómo actúa en ella una valoración técnico-social o política que da soporte a la valoración jurídica.

[44] La Corte Constitucional Colombiana, por ejemplo, desarrolló el concepto de *Estado de cosas inconstitucional* para describir "aquellas situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general, en tanto que afectan a multitud de personas, y cuyas causas sean de naturaleza estructural; es decir, que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades" (Sentencia T-153, 1988).

y opiniones públicas; c) los actos normativos definidores de políticas públicas y de su implementación práctica deben observar los parámetros trazados por los compromisos asumidos por los Estados en los tratados de derechos humanos o, por lo menos, por el derecho constitucional, razón por la cual son susceptibles de control por el Poder Judicial; d) los derechos sociales fundamentales no se constituyen en normas programáticas dedicadas al porvenir, sino en normas eficaces, susceptibles, por tanto, de ser argüidas ante el Poder Judicial; e) las Constituciones contemporáneas establecen una serie de mecanismos para la garantía de la efectividad de los derechos sociales en el caso de omisión de los poderes públicos, siendo que compete al Poder Judicial, desde una argumentación de principio, garantizar los derechos sociales en el caso concreto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____. *Los derechos sociales en el debate democrático*. Madrid: Bomarzo, 2006.

ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 2.ed. Berlin: Suhrkamp, 1994.

ALTHUSSER, L. *Ideologie und ideologische Staatsapparate*. 3.ed. Hamburg: Verlag, 2010.

ARANGO, R. *Der Begriff der sozialen Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 2001.

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

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

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

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

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

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

CANOTILHO, J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2016.

CARBONELL, M.; PARCERO; J.; VÁZQUEZ, R. *Derechos sociales y derechos de las minorías*. 2.ed. México: Porruá-UNAM, 2001.

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

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

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

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

FERRAJOLI, L. et al. (Org.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2005.

FERRAZ JUNIOR, T. S. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007.
FRANCO, A. *Pobreza & desenvolvimento local*. Brasília: AED, 2002.
FRASER, N. *Justice interruptus*: critical reflections on the postsocialist condition. New York: Routledge, 1997.
FREIRE, A. *La garantía en el estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1997.
GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3.ed. Madrid: Civitas, 1983.
HÄBERLE, P. *Vergleichende verfassungstheorie und verfassungspraxis*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016.
HART, H. *The concept of law*. 3.ed. Ofxord: Oxford University, 2012.
HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. New York: Norton, 2000.
IBÁÑEZ, P. A. *Corrupción y Estado de derecho*. Madrid: Trotta, 1996.
KRELL, A. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002.
LANGFORD, M. Judging resource availability. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M. *The road to a remedy*: current issues in the litigation of economic, social and cultural rights. Sydney: UNSW, 2005.
LUÑO, A. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10.ed. Madrid: Tecnos, 2010.
MARÍN, A. *Estado social y crisis económica*. Madrid: Complutense, 1996.
MARSHALL, T.; BOTTOMORE, T. *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza, 1998.
MARTÍN, C. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
MARTÍNEZ, G. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid: Eudema, 1988.
MATURANA, H.; VARELA, F. *El árbol del conocimiento*. Santiago: Universitaria, 2007.
MELLO, C. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
PISARELLO, G. El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia. In: ABRAMOVICH, V.; AÑÓN, M. J.; COURTIS, C. (Org.). *Derechos sociales*: instrucciones de uso. México: Fontamara, 2003.
_____. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007.
PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
REIS, J. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: LEAL, R.; REIS, J. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas*: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.
ROMAN, D. *Le droit public face à la pauvreté*. Paris: LGDJ, 2002.
SARLETT, I. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
SCHWARZ, R. *Derechos sociales*: imprescindibilidad y garantías. Cizur Menor: Aranzadi, 2011a.
_____. *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales*. México: Porrúa, 2011b.
SHUE, H. *Basic rights*: subsistence, affluence and U.S. foreign policy. New Jersey: Princeton University, 1980.
SUNSTEIN, C. *Designing democracy*. Oxford: Oxford University, 2001.
THOMÉ, C. *O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2012.
UPRIMNY, R. Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, n. 12, Bogotá, 2001.
VUOLO, R. et al. *La pobreza... de la política contra la pobreza*. Buenos Aires: CIEPP, 2004.