



55

**La garantía de los derechos  
sociales en la teoría  
de Luigi Ferrajoli**

Miguel Carbonell

DERECHO CONSTITUCIONAL

Septiembre de 2004

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. ❖ D. R. (C) 2004, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

## CONTENIDO

I. Introducción: el futuro del Estado constitucional.....	1
II. Estado social y derechos sociales.....	3
III. Garantías .....	11
IV. Renta básica.....	13
V. La judicialización de los derechos sociales.....	17
VI. Las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales .....	21

## I. INTRODUCCIÓN: EL FUTURO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Siendo la más interesante y atractiva del actual escenario iusfilosófico europeo, en algunos aspectos, la teoría garantista de Luigi Ferrajoli se nos presenta como un paradigma inacabado, como una obra todavía a medio camino, a la que hacen falta ulteriores definiciones, que solamente han sido enunciadas pero no explicadas ni desarrolladas por su autor. En particular, Ferrajoli ha enunciado las vías posibles y deseables de evolución del paradigma constitucional, pero no las ha explorado a fondo; me interesa detenerme en este trabajo en una de las tres distintas vías que señala este autor, las cuales son quizá las más visibles puertas de futuro que ha abierto para quienes seguimos su obra.<sup>1</sup>

Recordemos que de acuerdo con Ferrajoli, en primer lugar, el Estado constitucional deberá ir abandonando su clásica connotación territorial para volverse global, de forma que pueda hacer frente a los retos *desterritorializados* que enfrenta en la actualidad; en esa línea se ubicarían las teorías del *constitucionalismo global* o de la llamada *democracia cosmopolita*.

En segundo término, el Estado constitucional deberá diseñar mecanismos para garantizar efectivamente los derechos sociales; en este punto se trataría de desarrollar un sistema de garantías para lo que se ha llamado el *constitucionalismo de la igualdad*, que sea capaz de actuar con instrumentos parecidos a los que ya funcionan para el *constitucionalismo de la libertad* (por ejemplo por medio de la renta básica garantizada, de la asignación presupuestal determinada constitucionalmente para satisfacer derechos fundamentales, de las acciones de tutela para los intereses difusos, de nuevas formas de legitimación procesal, etcétera).

En tercer y último lugar, el constitucionalismo tendrá que extender su paradigma garantista también hacia sedes distintas de los poderes públicos, es decir, se tendrá que desarrollar un *constitucionalismo de derecho privado* que haga valer los derechos fundamentales no solamente en las relaciones entre autoridades y gobernados, sino también entre particulares (construyendo, en parte, los mecanismos que permitan hacer valer la *eficacia horizontal* de los derechos fundamentales).<sup>2</sup>

Hay un párrafo de Ferrajoli que no solamente refuerza el programa de desarrollo del Estado constitucional y de los derechos fundamentales que se acaba de enunciar brevemente, sino

---

<sup>1</sup> Ferrajoli se ha referido a las vías de evolución del constitucionalismo en muchos de sus trabajos; entre ellos los siguientes: Ferrajoli, Luigi, “Garantías”, *Jueces para la democracia*, número 38, Madrid, 2000, pp. 39 y ss.; *idem*, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía*, número 16, México, abril de 2002, pp. 16 y ss.; *idem*, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en el libro del mismo título, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, pp. 371-381. Algunos aspectos concretos de su propuesta de “constitucionalismo global”, que es la que más ha desarrollado, se encuentran en la segunda parte de su libro *Razones jurídicas del pacifismo*, edición de Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2004, pp. 81 y ss.

<sup>2</sup> Ver Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado” en Carbonell, M., Concha, H., Córdova, L. y Valadés, D. (coordinadores), *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, IIJ-UNAM, 2001, pp. 99-110 (2a. ed. ampliada, 2002).

que también nos señala el contexto en el que ésta tarea debe darse y las razones lógicas e históricas en las que se apoya:<sup>3</sup>

La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva expansión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras Declaraciones de derechos y en las constituciones del siglo diecinueve, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del último siglo, hasta los nuevos derechos a la paz, al medioambiente, a la información y otros que hoy son reivindicados y aún no han sido constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos ha caído de lo alto, sino que todos han sido conquistados por movimientos revolucionarios: las grandes revoluciones liberales norteamericana y francesa, luego los pronunciamientos del siglo diecinueve a favor de los estatutos, finalmente las luchas obreras del siglo pasado y de este siglo. Todas las diversas generaciones de derechos, podemos sostener correctamente, equivalen a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios: liberales, socialistas, feministas, ecológicos, pacifistas. No sólo. Siempre, los derechos fundamentales –del derecho a la vida a los derechos de libertad, así como el derecho a la subsistencia– se han afirmado como *leyes del más débil* como alternativa a la ley del más fuerte que tenía vigencia y que seguiría teniéndola si aquellos faltaran; de quién es más fuerte físicamente en el estado de naturaleza hobbesiano; de quién es más fuerte económicamente como en el mercado capitalista; de quién es más fuerte militarmente como en la comunidad internacional.

Luis Prieto coincide en buena medida con Ferrajoli en la apreciación de los retos del Estado constitucional. Pero añade un desafío adicional: el que se deriva del pluralismo étnico y cultural que existe en la mayoría de los Estados-nación contemporáneos. Prieto describe los desafíos del futuro en materia de derechos fundamentales con las siguientes palabras:<sup>4</sup>

Los retos más importantes que vislumbro en la futura evolución de la filosofía y de la práctica de los derechos humanos son los tres siguientes: primero, el relativo a la justificación moral y efectividad jurídica de los derechos sociales; segundo, el derivado de la progresiva pluralidad cultural de nuestra sociedad, el llamado multiculturalismo, que propicia la aparición de minorías con voluntad de pervivencia autónoma y en ocasiones portadoras de valores conflictivos; y, por último, el que tiene que ver con el proceso de internacionalización de los derechos, lo que comporta tanto la fijación de un marco normativo común como el diseño de fórmulas de protección y garantía en el orden internacional.

Aunque Ferrajoli ha examinado también los dilemas que el multiculturalismo teórico y práctico genera para el Estado constitucional, creo que no lo ha identificado como un reto para el futuro de este tipo de Estado,<sup>5</sup> al contrario de lo que señala Prieto. El multiculturalismo realmente existente en la mayoría de Estados contemporáneos nos plantea la exigencia, sin embargo, de emprender una revisión de varias de las categorías con las que el derecho constitucional ha trabajado desde hace décadas. La primera de ellas quizá sea el concepto mismo de igualdad. La segunda seguramente tendrá que ser la del sujeto de los derechos fundamentales; la pregunta sería si solamente debemos proteger a individuos o si hay algunos grupos que también merezcan ser protegidos (frente a otros grupos sociales) y en ese caso habría que saber de qué forma debe darse tal protección. Bajo cualquier escenario, lo cierto es que el futuro del Estado constitucional no parece que pueda desentenderse de las nuevas realidades multiculturales y de las reivindicaciones

---

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, cit., pp. 17 y 18.

<sup>4</sup> Prieto, Luis, “Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos” en López García, José Antonio y Del Real, J. Alberto (editores), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 47.

<sup>5</sup> Por ejemplo en “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, cit., pp. 362-371 y en “Quali sono i diritto fondamentali?” en Mazzarese, Tecla (editora), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002, pp. 95-116.

(positivas o negativas para el propio paradigma constitucionalista, este es un asunto que queda para otro momento) que se están haciendo en muchos Estados en nombre de las culturas. Por tanto, creo que tiene sentido añadirlo como un escenario de futuro del Estado constitucional, que convendrá estudiar sin embargo en otro trabajo.

En este ensayo voy a intentar aportar algunos elementos de reflexión sobre el segundo de los tres aspectos de la evolución pendiente del Estado constitucional mencionados por Ferrajoli: la construcción de un constitucionalismo de la igualdad a través de la garantía efectiva de los derechos sociales. La idea es completar algunos de los postulados de la teoría de Ferrajoli, suministrando elementos para profundizar en los requisitos y exigencias que surgen al momento de querer actuar en la práctica ese tipo de constitucionalismo.

Para Ferrajoli el reto de la construcción de un constitucionalismo de la igualdad pasa por la exigencia de crear un adecuado sistema de “garantías”; es decir, si tomamos en cuenta que las constituciones actuales ya contemplan enunciativamente los derechos sociales, lo que hay que hacer no es tanto dar una batalla por su reconocimiento sino construir un andamiaje institucional para volverlos eficaces. Vamos a examinar más adelante el concepto de “garantía” que nos ofrece el propio Ferrajoli. Antes, sin embargo, quizá convenga ofrecer un panorama sumario de lo que hoy en día se denomina Estado social, entendiéndolo como la forma de Estado que constituye el presupuesto de realización de los derechos sociales.

## II. ESTADO SOCIAL Y DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales, para ser realizados en la práctica, requieren: A) de un cierto modelo de organización estatal,<sup>6</sup> B) de una serie de precondiciones incluso de carácter psicológico y C) de una base axiológica que permita reconocer el deber moral de hacernos cargo de las necesidades de los demás. Ninguna de las tres cuestiones mencionadas se encontraba presente en el primer constitucionalismo, en parte debido a que no lo permitían sus antecedentes históricos más inmediatos. Para decirlo de forma sintética, los tres requisitos mencionados se pueden encasillar en el concepto del “Estado social”, cuyo surgimiento, desarrollo y expansión es una condición esencial para la existencia de los derechos sociales.<sup>7</sup>

Para explicar el surgimiento, el desarrollo y la crisis del Estado social hay muchas teorías, cada una de las cuales emplea un diferente método de análisis y encuentra una determinada forma de justificación.<sup>8</sup> Es muy posible que a varias les asista parte de razón, pero que ninguna pueda reclamar para sí el monopolio de la verdad en esta materia; en el estudio de procesos históricos

---

<sup>6</sup> Gerardo Pisarello señala, con razón, que “Desde su irrupción como categoría histórica y teórica, la suerte de los derechos sociales ha estado anclada a la del propio Estado”, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales” en Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, p. 115.

<sup>7</sup> Hay que señalar, sin embargo, que la idea de los “derechos sociales” como derechos de rango constitucional es previa al surgimiento del Estado social. Lo que sucede es que dicha idea no puede ser llevada a la práctica de forma completa y coherente justamente por la falta de las estructuras estatales que lo permitan; el surgimiento del Estado social vendrá a significar, entonces, la posibilidad de realizar en la práctica esa idea de los derechos sociales como derechos que deben ser tutelados por el sistema constitucional. Al respecto, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 72 y ss.

<sup>8</sup> Además de las obras que se mencionan en las siguientes notas, un buen panorama introductorio puede ver se en Esping-Andersen, Gosta, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000.

marcados por una gran complejidad, que se desarrollan de forma desigual en cada país y que están sujetos a avances y retrocesos, quizá sea más útil tomar perspectivas de varias aproximaciones teóricas, más que centrarse en algún punto de vista.

Las principales justificaciones del surgimiento del Estado social pueden dividirse, siguiendo a Contreras Peláez, en pluralistas y marxistas.<sup>9</sup>

Las justificaciones pluralistas pueden ser divididas, a su vez, en funcionalistas y conflictualistas. Para las primeras el Estado social surge como respuesta a necesidades objetivas suscitadas por la modernización socio-económica; es decir, en la medida en que el sistema económico va evolucionando y los trabajadores se especializan y emigran a las ciudades, el sistema político debe responder a través de la generación de los contenidos característicos del Estado social. El punto de vista conflictualista defiende que el Estado social es el producto de la presión política de los sectores más desfavorecidos, que a su vez es generada por la ampliación del sufragio y por el ejercicio del derecho de asociación, que permite una acción más eficaz de la clase obrera a través de los sindicatos.

Por su lado, las justificaciones marxistas también pueden ser divididas en funcionalistas y conflictualistas. Para las primeras el Estado social es la respuesta a ciertas exigencias estructurales del capitalismo maduro;<sup>10</sup> entre esas exigencias se encontraba, por ejemplo, la necesidad de asegurar la reproducción de la fuerza de trabajo, la necesidad de integrar al movimiento obrero dentro del sistema, abortando cualquier intento de acudir a la vía revolucionaria, etcétera. Para las visiones marxistas conflictualistas el Estado social sería el resultado de una serie de conquistas del proletariado y constituiría un episodio intermedio en la lucha de clases.

Como quiera que sea, el surgimiento del Estado social se da en un contexto histórico en el que están presentes las siguientes tres condiciones:<sup>11</sup>

A) El individuo es incapaz de satisfacer por sí sólo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas;

B) Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual;

C) Se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar; si el Estado no cumpliera con esa obligación, se pondría en duda su legitimidad.

Al tratarse de condiciones, por decirlo de alguna manera, *estructurales* para el desarrollo del Estado social, conviene detenernos brevemente en cada una de los tres incisos que se acaban de enunciar.

---

<sup>9</sup> Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, p. 12.

<sup>10</sup> Sobre este tema había insistido, desde sus primeros trabajos, Jürgen Habermas; por ejemplo en su libro *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1975.

<sup>11</sup> Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 13.

## 1. *El individuo indefenso*

En las sociedades primitivas, y aún en las sociedades rurales pre-modernas, los individuos seguramente estaban tanto o más indefensos que los habitantes de nuestras sociedades contemporáneas. En los tiempos recientes esa indefensión ha tomado relevancia debido a: a) el cambio en las condiciones físicas o biológicas de nuestra vida social; b) la modificación de la estructura económica relacionada con las condiciones de trabajo; y c) un replanteamiento de las redes de asistencia social. Vamos por partes.

Respecto a las condiciones biológicas, hay que constatar que las personas hoy en día pueden vivir muchos más años que hace unos siglos; esto constituye un avance en toda regla y es uno de los signos más positivos de la modernidad, logrado en buena medida por el desarrollo de las ciencias médicas. Sin embargo, ocurre que al vivir más tiempo, se multiplican las “situaciones de dependencia” y aumenta el porcentaje de individuos que se encuentran en tales situaciones.<sup>12</sup> La vejez, la invalidez, las enfermedades crónicas son fenómenos de nuestro tiempo, que no existían prácticamente en las sociedades antiguas.

Además de eso, el desarrollo de las formas de trabajo y el propio desarrollo tecnológico han propiciado el surgimiento de situaciones “artificiales” de dependencia, como el desempleo, la jubilación obligatoria o el alargamiento de los periodos de formación antes de acceder al mercado de trabajo.<sup>13</sup>

Conforme avanza el proceso de urbanización de las sociedades, las personas se vuelven más indefensas, ya que son incapaces de proveerse por sí mismas de los bienes básicos. Mientras que en las sociedades rurales abundaban los esquemas de auto-abastecimiento en el seno de las familias o de comunidades un poco más amplias, en la vida urbana es casi imposible que una familia pueda auto-generar su propia comida, su ropa, su vivienda y así por el estilo. Se requiere de la ayuda exterior, ya que el habitante de las ciudades es “un ser del todo desamparado”<sup>14</sup>.

Hay una gran diferencia en el sujeto de los derechos sociales propio del siglo XX y la imagen del trabajador del siglo XIX, que tenía una escasa o nula cualificación, que recién había emigrado del campo a la ciudad, que tenía una familia numerosa al no haberse desarrollado los métodos de control de la natalidad y que carecía de la protección de las reglas que luego iban a desarrollarse en materia de ingreso y estabilidad laboral.<sup>15</sup>

Bajo el esquema actual, las personas ya no dominan su espacio vital, aunque gozan de una mayor amplitud para realizar sus planes de vida; una amplitud propiciada en primer lugar por el alargamiento de los años de vida, y en segundo término por los desarrollos tecnológicos que han puesto a su disposición una serie de comodidades que hasta hace poco eran impensables. Pero ese nuevo entorno no es un entorno que dominen, sino que está determinado por la concurrencia de otras personas y por la prestación de un sinnúmero de servicios esenciales para la sociedad en su conjunto. Hoy como nunca los unos dependemos de los otros y no solamente de nuestro entorno más inmediato como lo era antes la familia o la gente de nuestro vecindario.

---

<sup>12</sup> Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 13.

<sup>13</sup> Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 14.

<sup>14</sup> Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 15 y 16.

<sup>15</sup> Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 18.

Tanto las nuevas condiciones biológicas como las que tienen que ver con la forma de organización laboral desbordan las formas tradicionales de asistencia social, basadas en la caridad o en el apoyo de la familia, y requieren de apoyos exteriores; estos apoyos, a su vez, deben ser institucionalizados para operar eficientemente y gozar de la amplitud necesaria que les permita abarcar a grandes grupos sociales. Es entonces cuando el Estado comienza a hacerse cargo, desplazando de esa forma a las anteriormente conocidas formas de compasión y socorro cristianos, creando lo que se ha llamado la “burocratización de la compasión”.<sup>16</sup>

## 2. Los nuevos riesgos sociales

En las sociedades contemporáneas nos enfrentamos a riesgos que o no estaban presentes en las sociedades pre-modernas o bien no se consideraban relevantes para el ordenamiento jurídico, de forma que se dejaba a las personas libradas a su propia suerte.

Contreras Peláez recuerda al menos cuatro *factores de vulnerabilidad* que han generado respuestas jurídicas más o menos contundentes durante el siglo XX:

a) El *desempleo*, que ha producido el surgimiento de políticas económicas de pleno empleo, seguros contra el desempleo, redes de asistencia social e incluso de pensiones desligadas del carácter de trabajador que pueda o no tener el beneficiario, etcétera;

b) La *crisis de la familia*; el modelo actual de familia presenta muchas diferencias con respecto al modelo anterior; su nueva organización requiere de formas de auxilio externo, que permitan que se haga frente a los riesgos sociales colectivamente, sobre todo en el caso de familias monoparentales (un adulto viviendo con menores de edad), familias de ancianos, familias que tienen a su cargo personas con discapacidad, etcétera;<sup>17</sup>

c) el *factor del sexo*, que ha generado procesos de “feminización de la pobreza”, que afecta principalmente a madres solteras, madres con familia numerosa y bajos ingresos y a ancianas que viven solas; y

d) la *inmigración*; en la actualidad, son los inmigrantes uno de los eslabones más débiles de las sociedades desarrolladas, pues en ellos se presentan, acentuadas, varias de las anteriores características: desempleo, desintegración familiar, exceso de cargas para la mujer, escasa preparación para el trabajo, dificultades de integración social, etcétera.<sup>18</sup> Al respecto Ferrajoli ha escrito con razón que “...lo que Bobbio ha llamado el ‘tiempo de los derechos’, el tiempo de la máxima igualdad *en droits*, se está convirtiendo, no sólo en el plano material de las condiciones de vida sino también en el terreno jurídico de las legislaciones nacionales, en el tiempo de la máxima desigualdades; entre nuestros ciudadanos y aquellos que llaman a nuestras fronteras, pero también, dentro de nuestros países, entre ciudadanos *optimo iure*, semi-ciudadanos más o menos regularizados de manera establece, no-ciudadanos y no-personas clandestinas... Se ha venido formando, de este modo, un nuevo proletariado, discriminado no sólo económica y socialmente sino también desde el punto de vista jurídico. En efecto, los nuevos trabajadores inmigrantes,

---

<sup>16</sup> Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 14.

<sup>17</sup> Sobre el tema, Beck-Gernsheim, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Barcelona, Paidós, 2003.

<sup>18</sup> El tema de la inmigración ha sido abordado por Ferrajoli en el trabajo “Libertad de circulación y constitucionalismo global”, incluido en su libro *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., pp. 125 y ss.

sobre todo si son clandestinos, no tienen derechos y se encuentran, en consecuencia, expuestos a la máxima explotación”.<sup>19</sup>

Aparte de lo anterior, algunos desarrollos tecnológicos han contribuido también a generar nuevos riesgos sociales; esto se percibe claramente al analizar el aumento de los accidentes de trabajo o las enfermedades derivadas de riesgos laborales. Es probable que en el futuro tengamos que añadir como un nuevo riesgo social lo relacionado con la genética, que en muchos aspectos puede suponer una afectación de derechos fundamentales.<sup>20</sup>

Tradicionalmente, la responsabilidad por los riesgos personales era de carácter individual; es decir, quien causaba el daño era el obligado a repararlo: se trata del clásico esquema de la responsabilidad civil. Con el paso del tiempo y el aumento de los riesgos como consecuencia del desvalimiento del individuo, se consideró que era necesario cambiar este esquema para avanzar hacia una “socialización del riesgo”, es decir, hacia la creación de mecanismos institucionales que fueran capaces de responder frente a los riesgos sociales.

Para ello, el Estado debe actuar en dos frentes: la promoción del bienestar y la atenuación o compensación del sufrimiento.<sup>21</sup> Esto conlleva la necesidad de que el Estado actúe frente al infortunio (accidentes de trabajo) y frente a la necesidad (seguro de desempleo, pensiones de viudedad, por jubilación, por incapacidad, etcétera). De esta manera, surgen lo que hoy conocemos como los modernos sistemas de seguridad social, que encuentran sus antecedentes en las “Leyes de Bismarck”, dictadas a partir de 1883; entre ellas se encuentran la Ley de seguro de enfermedad y maternidad de 1883, la Ley de accidentes de trabajo de 1884 y la Ley de seguro de enfermedad, jubilación y defunción de 1889.<sup>22</sup>

La seguridad social, tanto por medio de la asistencia en caso de siniestro o la cobertura de riesgos (accidentes laborales, acceso a medicinas, etcétera), o bien a través de la cobertura de situaciones de necesidad (vejez, invalidez, etcétera) es una de las claves y de los signos distintivos del Estado social; quizá sea su nota más presente y representativa, pues a pesar de los varios modelos que existen de Estado social y de las diferentes configuraciones que cada uno de ellos puede tener en un contexto histórico o geográfico, lo que es obvio es que no puede hablarse de Estado social si no se cuenta con un sistema de seguridad social. Como lo señala Benda, la “Seguridad social es una expresiva traducción del postulado del Estado social”.<sup>23</sup>

### 3. *El papel del Estado*

Los dos factores que se acaban de analizar (la mayor vulnerabilidad del individuo y la necesidad de hacer frente *socialmente* a los riesgos) exigen que se asuma un nuevo papel por parte

---

<sup>19</sup> *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., p. 127.

<sup>20</sup> Para una visión liberal del tema, realizada a partir de premisas ético-filosóficas, Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación*, México, FCE, 2004; una acercamiento jurídico puede verse en Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, prólogo de Luigi Ferrajoli, epílogo de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2003.

<sup>21</sup> Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 22.

<sup>22</sup> Ochendo Claramunt, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, métodos y teorías explicativas*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 28.

<sup>23</sup> Benda, Ernesto, “El Estado social de derecho” en VV.AA., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 536.

del Estado. Esta es una de las transformaciones que en mayor medida van a afectar a la teoría de los derechos fundamentales y a los procesos de legitimación de los poderes públicos en relación con estos derechos.

Hay que recordar que, para el primer constitucionalismo, los derechos tenían que imponerse *frente* al Estado; es decir, los derechos se consideraban como una especie de valladar frente a las intromisiones de una estructura estatal que, antes de los movimientos revolucionarios de Francia y Estados Unidos, se conducía de manera despótica y no estaba sujeto a más límites que la voluntad del emperador, del rey o del caudillo. Ferrajoli lo describe en un párrafo de su libro *Derecho y razón*: “En la tradición liberal se concibió el estado de derecho como limitado solamente por prohibiciones, en garantía de los derechos del individuo a no ser privado de los bienes pre-políticos de la vida y de las libertades (además de la propiedad). En efecto, las *garantías liberales* o *negativas* consisten únicamente en deberes públicos negativos o de no hacer –de dejar vivir y de dejar hacer- que tienen por contenido prestaciones negativas o no prestaciones”.<sup>24</sup>

Sin embargo, en el modelo del Estado social, los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar, por el contrario, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de carácter social. Se entiende ahora que también la concentración de la riqueza y el avance tecnológico no sujetos a reglas pueden vulnerar los derechos fundamentales.<sup>25</sup>

De esta manera, la legitimidad de los poderes públicos no depende ya solamente de que no *entorpezcan* o *limiten* el disfrute de los derechos, sino también de que los *promuevan* eficazmente. Como lo señala Ferrajoli, en el Estado social se genera un cambio en los factores de legitimidad del Estado, pues “mientras el estado de derecho liberal debe sólo *no empeorar* las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también *mejorarlas*; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja. Esta diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones *naturales* o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder, y hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones *sociales* de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etcétera. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador”.<sup>26</sup>

Esto supone sobre todo un cambio en las mentalidades, derivado de una serie de convicciones sobre las que vale la pena detenerse.

La difusión de ideas humanistas derivadas del pensamiento ilustrado y los importantes avances técnicos que se suceden en el siglo XIX, generan la convicción de que la pobreza y la privación de ciertos bienes fundamentales, son incompatibles con la dignidad humana, sobre todo tomando en cuenta que los avances técnicos permiten una satisfacción universal de esos bienes.

---

<sup>24</sup> *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª edición, Madrid, Trotta, 2004, p. 860.

<sup>25</sup> En este sentido, Forsthooff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

<sup>26</sup> *Derecho y razón*, cit., p. 862.

Frente a la pobreza las sociedades antiguas habían adoptado una actitud de resignación. Con el advenimiento de la Edad Moderna, junto a los pobres estructurales (sujetos a la pobreza por razón de edad, enfermedad o invalidez), surge un conjunto de pobres “coyunturales”, cuyos problemas derivaban de factores aleatorios como las malas cosechas, el incremento en los precios del pan, la muerte de la cabeza de familia, etcétera.<sup>27</sup>

La necesidad era atendida, en ese contexto, por las obras de la caridad privada, con frecuencia ligada a movimientos religiosos. Sin embargo, ya desde 1526, un pensador como Luis Vives defiende la necesidad de que el Estado sustituya a las iglesias en el cuidado de los menesterosos.<sup>28</sup>

También el pensamiento de la Ilustración comienza a vislumbrar el papel que corresponde al Estado frente a las necesidades sociales; por citar un ejemplo, Montesquieu afirmaba en *Espíritu de las leyes* que

En los países comerciantes, donde mucha gente no tiene más que su arte, el Estado se suele ver obligado a precaver las necesidades de los ancianos, los enfermos y los huérfanos. Un Estado bien organizado saca esta subsistencia del fondo de las mismas industrias, dando a unos el trabajo de que ya son capaces y enseñando a otros a trabajar, lo que es ya un trabajo.

Las limosnas que se dan a un hombre desnudo en las calles no satisfacen las obligaciones del Estado, el cual debe a todos los ciudadanos una subsistencia segura, el alimento, un vestido decoroso y un género de vida que no sea contrario a la salud...

Estos párrafos son importantes porque ponen de manifiesto las limitaciones de la caridad privada y señalan los aspectos en los que el Estado debe actuar para asegurar una “subsistencia segura” a todos los ciudadanos: alimentación, vestido y salud representan, según Montesquieu, los objetivos a satisfacer por el Estado, anticipando de esa forma varios de nuestros contemporáneos derechos sociales.

La tendencia hacia la institucionalización de la caridad y la ayuda a los necesitados va cobrando forma en textos jurídicos del primer constitucionalismo, como por ejemplo el artículo 21 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, que señalaba que “La beneficencia pública es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, sea proporcionándoles trabajo, sea garantizando los medios de existencia a los que no están en situación de trabajar”.

Las nuevas formas de pobreza que abundan en el siglo XIX generalizan la actitud de que el Estado asuma las funciones caritativas, como consecuencia —en parte— de que las necesidades rebasan notablemente las posibilidades de respuesta de los particulares. En esta actitud frente al Estado tiene una gran influencia la masificación de los derechos democráticos, por medio de la cual grandes grupos de personas pobres pueden ejercer el derecho de sufragio; también tiene una influencia positiva el ejercicio de la libertad de asociación, que permite sobre todo que los sindi-

---

<sup>27</sup> Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 25.

<sup>28</sup> Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 27.

catos y otras formas de organización obrera pongan en la mesa de la discusión “la cuestión social”.<sup>29</sup>

Lo intuyó con claridad John S. Mill en su tiempo, cuando escribió que “El gran incremento del poder electoral que la ley sitúa dentro del poder de las clases trabajadoras es permanente... pronto encontrarán los medios de hacer efectivamente instrumental su poder político electoral para promocionar sus fines comunes. Y cuando lo hagan así, no será de la manera ineficaz y desordenada que corresponde a una gente no habituada al uso de la maquinaria legal y constitucional, ni tampoco mediante el impulso de un mero instinto de nivelación. Los instrumentos serán la prensa, mítines políticos y asociaciones, y el ingreso en el Parlamento del mayor número de personas posibles, comprometidas en las aspiraciones políticas de las clases trabajadoras”.<sup>30</sup>

Como ya se ha mencionado, los primeros derechos sociales –que todavía no alcanzan el rango de derechos fundamentales- surgen como formas de protección a los obreros, tanto frente a los infortunios derivados del ejercicio del trabajo, como frente a los patrones para regular las condiciones laborales de forma que no se permita el menoscabo de la dignidad humana.

Las reivindicaciones sociales se trasladan al Estado, que comienza a incorporar entre sus funciones la de la asistencia social. Sin embargo, los movimientos obreros insisten en que no se trata de sustituir la caridad privada por una caridad pública, sino de generar un conjunto de *derechos* que protejan a los trabajadores y a sus familias. La responsabilidad del Estado debe ser entendida, en consecuencia, como una responsabilidad *jurídica*, garantizada incluso a nivel constitucional, de forma que la persona *necesitada* deje de ser *objeto* de la relación asistencial y se convierta en un *sujeto* portador de derechos.<sup>31</sup>

Asistimos, en el contexto descrito, a una profunda transformación de las relaciones entre Estado y sociedad. Si en la visión del liberalismo clásico se debían mantener separadas ambas esferas, en la visión que sostiene el Estado social se interpenetran y dependen recíprocamente de la otra. La sociedad condiciona e incide en el Estado a través de los partidos políticos, que articulan las demandas sociales y las convierten, una vez que ganan las elecciones, en normas jurídicas vinculantes.

Por su parte, el Estado interviene en la sociedad para corregir las deficiencias estructurales que derivan de la sociedad capitalista, sacudida por fenómenos recurrentes de crisis, por tasas importantes de desempleo y por la generación de un porcentaje importante de personas en situación de total precariedad, derivada de cuestiones biológicas o producida por los avances de la técnica.

Como escribe Forsthoff, “La constitución jurídica liberal empieza y acaba con la separación de Estado y sociedad... En nuestro tiempo, en que las funciones del Estado se han confundido inextricablemente con los procesos sociales, no podría ya hablarse en modo alguno de una separación de Estado y sociedad”.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Sobre este punto, García Herrera, Miguel Ángel, “Antecedentes sociales y teóricos del Estado social: de los pobres al obrero” en *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, tomo I, Madrid, UCM, IJ-UNAM, 2000, pp. 265 y ss.

<sup>30</sup> *Capítulos sobre el socialismo*, Madrid, Aguilar, 1979, p. 50.

<sup>31</sup> Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 41.

<sup>32</sup> Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, cit., pp. 27 y 28.

Manuel García Pelayo describe lo anterior con las siguientes palabras: en el Estado social, “Estado y sociedad ya no son sistemas autónomos, autorregulados, unidos por un número limitado de relaciones y que reciben y envían insumos y productos definidos, sino dos sistemas fuertemente interrelacionados entre sí a través de relaciones complementarias, con factores reguladores que están fuera de los respectivos sistemas y con un conjunto de subsistemas interseccionados”.<sup>33</sup>

En este contexto, el Estado asume la tarea de lo que el mismo García Pelayo ha llamado “la procura existencial”,<sup>34</sup> que entre otras medidas concretas comporta al menos las siguientes:<sup>35</sup>

a) El desarrollo de sistemas o el control de sistemas sin los cuales es imposible el despliegue de la vida humana en la civilización de nuestro tiempo; esto puede suponer el control de los poderes privados, las grandes concentraciones de capital, la redistribución de la riqueza, la protección de los consumidores frente a las grandes corporaciones, etcétera;

b) La seguridad en distintos aspectos vitales, lo que incluye la protección del medio ambiente, la protección frente a contingencias económicas globales, etcétera;

c) La realización de una serie de prestaciones sociales; la procura de un puesto de trabajo para toda persona que pueda ser capaz de realizarlo, a través de la implementación por el Estado de políticas de pleno empleo; la atención de las personas afectadas por algún tipo de incapacidad o de discapacidad, como desempleados, ancianos, niños, personas con discapacidades mentales, etcétera; provisión de bienes culturales para todas las personas; acrecentamiento de prestaciones sociales, sobre todo a través de los sistemas públicos de seguros y así por el estilo.

Este es el contexto socio-político en el que deben discutirse las garantías de los derechos sociales, que es de lo que trata las páginas siguientes, empezando por el análisis del concepto mismo de garantía formulado por Ferrajoli.

### III. GARANTÍAS

Según Ferrajoli “Garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.<sup>36</sup> Para nuestro autor las garantías, en una primera acepción, serían las obligaciones que derivan de los derechos; de esta forma, puede haber *garantías positivas* y *garantías negativas*; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respeto de algún derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Estos dos tipos de garantías puede subsumirse en lo que el mismo autor llama las “garantías primarias o sustanciales”, que son distintas de las “garantías secundarias o jurisdiccionales”.

---

<sup>33</sup> García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1993 (reimpresión), p. 25.

<sup>34</sup> Sobre los antecedentes de este término en el derecho alemán, Carmona Cuenca, Encarnación, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000, pp. 58-61.

<sup>35</sup> García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., pp. 29 y 30; ver también, desde una óptica parecida, Ochando Claramunt, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, cit., pp. 53 y ss.

<sup>36</sup> Ferrajoli, Luigi, “Garantías”, cit., p. 39.

Las garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; por su lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.<sup>37</sup>

Para el caso de los derechos sociales las garantías primarias de tipo positivo deberían ser precisadas por legislador a través de mandatos claros dirigidos a la administración pública. Por su parte, las garantías secundarias consistirían en vías de reclamación para el caso de que las primeras fueran violadas, tomando en cuenta la específica estructura y el particular contenido de los derechos sociales.

El problema de las garantías de los derechos sociales estaba enunciado ya en un luminoso párrafo de *Derecho y razón*: “El enunciado constitucional de los derechos de los ciudadanos a prestaciones positivas por parte del Estado, sin embargo, no se ha visto acompañado por la elaboración de *garantías sociales* o *positivas* adecuadas, es decir, por técnicas de defensa y de protección jurisdiccional parangonables a las previstas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad. Las prestaciones positivas del estado en beneficio de los ciudadanos han tenido ciertamente un enorme desarrollo de hecho, con el crecimiento en este siglo del *Welfare State* y la multiplicación de las funciones públicas de tipo económico y social. Pero este desarrollo se ha producido en gran parte a través de la simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos, el juego no reglado de los grupos de presión y de las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y de los privilegios, así como de sedes extra-legales, incontroladas y ocultas de poder público y para-público”.<sup>38</sup>

Más adelante en *Derecho y razón* Ferrajoli reconocía que el sistema garantista descrito en el libro, aplicable al derecho penal y al procedimiento penal, no era del todo adecuado para la construcción de un garantismo social, pero que había dos aspectos que valía la pena considerar en relación con los derechos sociales: el principio de legalidad y el principio de jurisdiccionalidad.

El principio de legalidad ya que “para que las prestaciones que satisfacen los derechos sociales sean impuestas como obligaciones a los poderes públicos y no abandonadas al arbitrio administrativo, es necesario que las leyes prevean unívocamente sus presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos”.<sup>39</sup>

Por su parte, respecto al principio de jurisdiccionalidad apunta: “para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas o eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión. Semejante garantía... exigiría una reforma de los modelos tradicionales de legalidad civil y administrativa idónea para transformar en derechos perfectos aquellos que actualmente son sólo concesiones, expectativas, intereses legítimos. A tal fin sería necesario que las leyes en materia de servicios públicos no sólo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a

<sup>37</sup> “Garantías”, cit., p. 40.

<sup>38</sup> *Derecho y razón*, cit., p. 863. Cfr. también el trabajo “Estado social y Estado de derecho”, de 1982, ahora incluido en su libro *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, donde ya se contiene la misma visión sobre la falta de garantías para los derechos sociales.

<sup>39</sup> *Derecho y razón*, cit., p. 917.

los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino directamente de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la *participación política* en las actividades de gobierno, se desarrollase una no menos importante y generalizada *participación judicial* de los ciudadanos en la tutela y en la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación con los poderes públicos”.<sup>40</sup>

Ferrajoli, sin embargo, tanto en *Derecho y razón* como en sus trabajos posteriores, no va mucho más allá de estos planteamientos y apenas ofrece algunas ideas sueltas sobre la forma que debería tomar el andamiaje institucional requerido por el constitucionalismo de la igualdad o sobre las medidas concretas que podrían tomarse para la construcción de un garantismo de los derechos sociales. Así por ejemplo, en su ensayo sobre “Los fundamentos de los derechos fundamentales” señala que un ejemplo paradigmático del tipo de garantía que se puede asegurar constitucionalmente para los derechos sociales es la satisfacción de un ingreso mínimo vital garantizado a todos los mayores de edad o al menos a los que se encuentren en situación de desempleo involuntario.<sup>41</sup> Se trata del tema de la renta básica, sobre el que conviene decir algunas palabras.

#### IV. RENTA BÁSICA

La renta básica (RB, en lo sucesivo) es la asignación económica que se otorga a todas las personas que habitan dentro de un determinado territorio por el sólo hecho de haber nacido o de estar en él; sus notas principales son la incondicionalidad y la (al menos tendencial) universalidad. Daniel Raventós la define como “un ingreso pagado por el Estado a cada miembro de pleno derecho de la sociedad, incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre o, dicho de otra forma, independientemente de cuáles puedan ser las otras posibles fuentes de renta, y sin importar con quién conviva”;<sup>42</sup> a partir de esta definición y tomando como base su carácter incondicional se puede afirmar que la RB es un derecho de todo miembro de la sociedad, reconocido incluso a) si no quiere trabajar de forma remunerada; b) sin tomar en cuenta si es pobre o rico, es decir, sin importar si tiene o no otros ingresos; y c) sin importar con quien conviva.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> *Derecho y razón*, cit., pp. 917 y 918.

<sup>41</sup> Ferrajoli se había ya referido a este tema en su ensayo “Il futuro dello stato sociale e il reddito minimo garantito” en *Ai confini dello stato sociale*, Manifestolibri, Roma, 1995, pp. 63-71. Otra posible forma de garantía de los derechos sociales mencionada por Ferrajoli es la previsión a nivel constitucional de “cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales, haciéndose así posible el control de constitucionalidad de las leyes de financiación estatal”, “Derechos fundamentales” en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 51; por su importancia y por las implicaciones técnicas, esta propuesta no puede ser analizada en el poco espacio del presente trabajo.

<sup>42</sup> *El derecho a la existencia*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 17.

<sup>43</sup> Raventós, Daniel, “El salario de toda la ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, número 106, Madrid, octubre de 2000, p. 43.

Su denominación es variable entre los diversos autores que han estudiado el tema, los que también la llaman renta de ciudadanía, ingreso ciudadano, ingreso mínimo, subsidio universal garantizado, ingreso básico, etcétera.

En los últimos tiempos el tema de la RB ha salido de los pasillos y aulas universitarias para entrar en la escena política. Algunos partidos han incorporado a sus programas electorales la propuesta de crear, con diversas variantes, una RB para sus respectivos países. Se trata de un tema que, de forma paulatina, han ido haciendo suyo organizaciones sociales de todo tipo.

Creo que en América Latina el tema tiene un interés añadido, puesto que en la región la solidez de las prestaciones sociales ha estado ausente en nuestra historia reciente, pero sobre todo porque el actual escenario económico y social incrementa la vulnerabilidad de grupos importantes de personas, que se enfrentan con igual impotencia a los excesos de una globalización ingobernada y de una burocracia arbitraria y en buena medida corrupta.

La RB, entre otros objetivos, puede servir como una especie de paraguas contra las inclemencias de algunas de las peores manifestaciones de la globalización (precariedad en el empleo, flexibilización del mercado laboral, desamparo en las prestaciones sociales, demolición del – aunque haya sido incipiente en América Latina- Estado del bienestar, etcétera), pero también contra los controles y la lógica de una burocracia que genera su propia racionalidad y que ha dejado de ver a los ciudadanos como tales para pasar a catalogarlos, en el mejor de los casos, como simples “clientes”.

Además, ninguna de las propuestas de transformación social que en la actualidad se están discutiendo refleja de forma tan clara como la RB el carácter universal que deben tener los derechos fundamentales. La RB se debe asignar, con algunas variantes según los autores, a todas las personas, o bien a todos los mayores de edad, o bien a todos los niños, o bien a todos los ancianos, o bien a todos los que tengan entre 25 y 35 años, y así por el estilo. Se podrá discutir (y de hecho esa es una de las principales discusiones en el tema que nos ocupa), sobre los criterios que son mejores para identificar a los sujetos beneficiarios de la RB, pero lo importante está en el hecho de que todas las propuestas defienden su carácter universal (“para todos”), sin distinción alguna dentro del grupo identificado.

Este carácter universal es una de las diferencias que tiene la RB con las políticas asistenciales tradicionales o con los llamados subsidios condicionados; por ejemplo con los programas de combate a la pobreza implementados desde hace años por los sucesivos gobiernos mexicanos. Programas como el de Solidaridad con el Presidente Carlos Salinas, u otros que se han implementado desde entonces con distintos nombres generan algunos problemas que no tiene la RB.

En primer lugar, para poder ser sujeto de esos programas hay que pasar por una identificación como pobre, como necesitado o como persona que no puede valerse por sí misma; sobra decir lo lacerantes que pueden ser para una persona dichas etiquetas. En segundo término, a partir de los programas asistenciales nunca se han podido generar derechos, es decir, pretensiones oponibles jurídicamente al poder, sino que siempre se han visto como obras de buena voluntad (frecuentemente manipuladas con intenciones electoralistas) del gobierno en turno. En tercer lugar, la burocracia que administra esos programas es altamente ineficiente, de forma que un buen porcentaje de recursos destinados a ellos terminan sirviendo para pagar las nóminas y gastos de sus administradores; en este punto hay que subrayar que la RB es un potente instrumento desburocratizador, pues su

carácter universal hace innecesaria gran parte del aparato burocrático que acompaña a los programas asistenciales clásicos.

Respecto a este último punto Ferrajoli señala que la eliminación de la intermediación burocrática mejora notablemente la protección de un derecho a la renta básica, ya que lo vuelve más simple y eficaz en el plano jurídico, menos costoso en el plano económico y más al resguardo de la discrecionalidad político-administrativa y por tanto de la selectividad y de la corrupción.<sup>44</sup>

Las propuestas sobre la RB deben superar, como ha señalado Daniel Raventós, objeciones de carácter ético y de carácter económico.<sup>45</sup> Las primeras son esenciales y previas a las segundas, puesto que solamente cuando se ha demostrado su pertinencia ética se puede abordar su viabilidad técnica.

Uno de los fundamentos éticos más interesantes para defender la propuesta de una RB es la idea de la libertad como no-sujeción, tesis defendida entre otros por Philippe Van Parijs y por las recientes corrientes republicanistas;<sup>46</sup> en palabras de Van Parijs: “Si se estableciera, una renta básica serviría como poderoso instrumento de justicia social: proporcionaría libertad real para todos, al proporcionar los recursos materiales que la gente necesita para perseguir sus aspiraciones... ayudaría a solucionar los dilemas políticos de la pobreza y el desempleo, y serviría a los ideales asociados con los movimientos feminista y verde”.<sup>47</sup>

En términos constitucionales se podría decir que la RB supone una propuesta para realizar en la práctica el tránsito desde una igualdad formal hacia una igualdad real de oportunidades y de recursos para todas las personas. Como es obvio, no se trataría de una “garantía” de los derechos sociales, sino más bien de un nuevo derecho social tendiente a tutelar un umbral mínimo de subsistencia que elevaría notablemente la autonomía y la “libertad real” de las personas.

La RB podría permitir la separación conceptual y práctica entre ingresos y pertenencia al mercado laboral; es decir, con la RB una persona no dependería de su posibilidad de trabajar para tener un ingreso que le asegurara al menos un umbral mínimo de bienestar. Para poder fundamentar la justificación de una RB para los que no trabajan quizá habría que hacer una reflexión sobre el concepto mismo de trabajo. Tradicionalmente se ha considerado y definido como trabajo la realización de una actividad que conlleva o produce un beneficio para quien lo realiza; ahora bien, hay muchas personas que, sin realizar formalmente lo que entendemos como un trabajo, también realizan actividades socialmente útiles, que generan beneficios para ellos y para el resto de personas; en esta tesitura se encuentran, por ejemplo, quienes realizan trabajo doméstico no remunerado o quienes realizan actividades de voluntariado. Es importante lo que se acaba de decir porque contribuye a desmitificar que solamente quienes tienen un empleo y generan un salario aportan bienes a la sociedad y tienen por ello derecho a disfrutar de ciertos beneficios; por el contrario, hay muchas otras personas que, sin tener un empleo, también aportan bienes y por ello, de alguna manera, contribuyen al bienestar de los demás.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> Ferrajoli, Luigi, “Il futuro dello stato sociale e il reddito minimo garantito”, cit., p. 65.

<sup>45</sup> *El derecho a la existencia*, cit., pp. 18-22.

<sup>46</sup> Pettit, Philip, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.

<sup>47</sup> “Una renta básica para todos” en Raventós, Daniel (coordinador), *La renta básica*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 44.

<sup>48</sup> Raventós, Daniel y Noguera, José Antonio, “La renta básica de ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, número 120, Madrid, marzo de 2002, p. 34.

Por lo que hace al tema de los costos de un derecho a la RB, hay que recordar que, como señala Ferrajoli, dicho derecho sería obviamente muy costoso, pero siempre menos que la carga económica que las formas rapaces y corruptas que se generan por la espesa selva de mecanismos burocráticos que hoy en día administran prestaciones parecidas. El efecto de igualdad, transparencia, automaticidad y consecuentemente de efectividad serían factores que habría que considerar al momento de calcular el costo de un derecho a la RB.<sup>49</sup>

Hay, además de todo lo anterior, al menos un motivo más para difundir, discutir y, en su caso, apoyar la creación de una RB que creo que encaja muy bien con el “sentido cívico” que está presente a lo largo de toda la obra de Ferrajoli. Se trata del grado de innovación que ese tipo de propuestas traen al escenario político. Es ya un lugar común señalar que las políticas concretas de los partidos de izquierda y de derecha casi no tienen diferencias; las elecciones se ganan cada vez más por candidatos presentados bajo una cuidada operación mediática y no por las propuestas que formulan; al mismo tiempo, el interés de los ciudadanos por la política disminuye por doquier, al percibir que las elecciones son casi siempre una farsa y que la alternancia política no es más que un recambio de equipos en el poder que tiene como desenlace la permanencia de las mismas políticas estructurales básicas.

Ante este escenario, que solamente puede servir para alimentar el pesimismo desmovilizador, la acción revitalizadora y renovadora de las energías progresistas que podría tener la RB es algo que hay que ponderar y, me parece, valorar positivamente.

Creo que no es adecuado desautorizar propuestas de este tipo sosteniendo, como se hace a veces, que son utópicas. Por una parte, hay que considerar que existen abundantes análisis y evidencias que demuestran su viabilidad financiera y su pertinencia ética. Por otro lado, como ha señalado Ferrajoli a propósito de la universalidad de los derechos fundamentales y de la posible creación de un constitucionalismo mundial, lo que hoy parece utópico es la única alternativa realista si queremos un futuro que no esté marcado por las guerras, el hambre y la marginación generalizadas.<sup>50</sup>

Con todo, no es difícil imaginar que ideas como la de la RB serán objeto de las mismas críticas que se han hecho a propuestas como la de extender la titularidad de los derechos fundamentales a todas las personas, abandonando el criterio de la ciudadanía como factor de determinación de dicha titularidad.<sup>51</sup> En virtud de que eso supondría la libre movilidad de todas las personas por el planeta y la obligación de los Estados de satisfacer los derechos sociales no solamente de los nacionales sino también de todas las personas que estuvieran, por la circunstancia que fuera, dentro de su territorio, autores como Mario Jori o Danilo Zolo han expuesto sus reservas ante lo que proponen los defensores de la universalización, como Ferrajoli.

Así por ejemplo, Jori escribe que la universalización de los derechos sociales, con su enorme carga redistributiva, “requeriría por parte de los ciudadanos de los países ricos un altruismo heroico gigantesco, tanto en su propio nombre como en el de sus hijos... en las actuales

<sup>49</sup> Ferrajoli, Luigi, “Il futuro dello stato sociale e il reddito minimo garantito”, cit., pp. 66 y 67.

<sup>50</sup> Por ejemplo en sus trabajos “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global” en Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2002, pp. 397 y ss. y “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, cit., pp. 337 y 338.

<sup>51</sup> Las propuestas sobre el tema de Ferrajoli pueden encontrarse, por ejemplo, en “Derechos fundamentales”, incluido en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 40-44.

condiciones esto es políticamente irreal”;<sup>52</sup> por su parte, Zolo observa que existe “una imposibilidad funcional de prestarlos, más allá de un umbral notablemente rígido, en el contexto de una economía de mercado, por lo cual sería mejor hablar no de “derechos sociales” sino de “prestaciones sociales”, entendidas como “prestaciones asistenciales, discrecionalmente ofrecidas por el sistema político...”<sup>53</sup>

A Jori Ferrajoli le contesta en los siguientes términos: “No me parece oportuno hablar de heroísmo a propósito de una política redistributiva que... intentase poner remedio a las condiciones de hambre y miseria en que viven millares de seres humanos, también a causa de las políticas de conquista, de rapiña y de explotación a las que, desde hace siglos, han sido sometidos por parte de nuestro civilizado occidente capitalista”;<sup>54</sup> desde luego, Ferrajoli no desconoce ni oculta que la satisfacción de los derechos sociales tiene un costo económico considerable ya que “exige la obtención y la distribución de recursos, (por lo que) es incompatible con la lógica del mercado o al menos comporta límites a éste”.<sup>55</sup>

Por su parte la consideración de Zolo merece el siguiente comentario de Ferrajoli: “degradar los derechos sociales a ‘servicios sociales’, como hace Zolo, puede servir, en la indagación sociológica, para mostrar su ineficacia y la ausencia o debilidad de las correspondientes garantías, si junto a ello se afirma, en el plano jurídico o normativo, su carácter de ‘derechos’; mientras equivaldría a una abdicación del papel garantista del derecho, si se descalificase como imposible cualquier técnica –incluso débil- de garantía”.<sup>56</sup>

Sobra decir que los términos de esta discusión se aplican también al análisis que se haga de la pertinencia –teórica y práctica- de crear un derecho a la RB, que tendría que ser –al menos en forma de tendencia en el mediano y largo plazos- universal no solamente respecto a los sujetos sino también en el espacio.

## V. LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

No cabe duda que, desde el punto de vista jurídico, en materia de derechos sociales debemos avanzar hacia una progresiva judicialización de los mismos (las llamadas por Ferrajoli “garantías secundarias”), lo cual comporta dos cuestiones concretas: a) abrir vías jurisdiccionales por medio de las cuales se puedan plantear posibles violaciones de los derechos sociales (tanto por acción como por omisión de los poderes públicos o, bajo ciertas circunstancias, de los poderes privados), asumiendo de esa forma hasta sus últimas consecuencias el principio de jurisdiccionalidad propuesto por Ferrajoli según ya se ha explicado; y b) delimitar un núcleo intangible de los derechos sociales, indisponible para el legislador y cuya tutela debe estar en manos de los jueces y, sobre todo, de los jueces constitucionales; el núcleo intangible de cada uno de los derechos sociales deberá ser suficiente para “garantizar un mínimo vital indispensable” del que pueda

---

<sup>52</sup> “Ferrajoli sobre los derechos” en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 133.

<sup>53</sup> “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli” en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 95.

<sup>54</sup> “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho” en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 176.

<sup>55</sup> “Derechos fundamentales” en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 52. Pese a esto, tómnese en cuenta lo que más adelante se dirá sobre lo “caros” que pueden resultar –o no- los derechos sociales.

<sup>56</sup> “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, cit., p. 170.

disfrutar cada persona. Se trataría, como lo escribe Luis Prieto, de encontrar “un núcleo de normatividad al abrigo del regateo político y una posibilidad de tutela judicial en caso de incumplimiento”<sup>57</sup> (quizá subsumible en la categoría de “garantía primaria” de Ferrajoli). Veamos con algún detalle de qué se trataría.

### 1. *Derechos civiles y derechos sociales*

Una de las primeras cuestiones que hay que poner en claro para desarrollar la exigibilidad plena de los derechos sociales, es entender que no existen diferencias estructurales de tal magnitud que hagan completamente diferentes a estos derechos de los derechos civiles y políticos (también llamados derechos de libertad o sencillamente libertades públicas).

De hecho, aunque es evidente que cada uno de los derechos fundamentales tiene un contenido diverso y despliega en consecuencia efectos normativos diferentes (por ejemplo, no es lo mismo el derecho a la información que la libertad de expresión; de igual manera, no tienen contenidos idénticos la libertad de industria y la libertad de tránsito), no puede decirse que exista algo así como una *diferencia genética o estructural* entre los derechos sociales y los derechos de libertad.

Contrariamente a lo que podría parecer, también los derechos de libertad requieren, para poder tener relevancia práctica y no quedar como buenos deseos contenidos solamente en el texto de las constituciones, de actuaciones positivas del Estado, las cuales conllevan en no pocas ocasiones importantes erogaciones económicas; conjugan por tanto obligaciones de *no hacer* y obligaciones de *hacer* para las autoridades.<sup>58</sup> Lo mismo sucede con los derechos sociales, que generan para la autoridad tanto obligaciones de abstención como obligaciones de *realización*, que requieren de actividades prestacionales en muchos casos.

Por otro lado, hay sectores de los derechos sociales que entrañan libertades en sentido estricto, como por ejemplo el derecho de huelga o la libertad sindical, que frente a las autoridades generan obligaciones de no hacer, de abstención y de respeto (además de obligaciones de tutela, como en el caso de todos los derechos); en una situación parecida se encuentran aquellos derechos de los trabajadores que no requieren *prima facie* de prestaciones del Estado para poder ser realizados, como el derecho a un día de descanso semanal, la limitación de la jornada laboral o el derecho a las vacaciones.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Prieto, “Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos”, cit., pp. 47 y 48.

<sup>58</sup> Abramovich y Courtis lo explican con las siguientes palabras: “...el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la decisión nupcial o el acto de asociación, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etcétera)... (los derechos de libertad) conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad y al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una intervención indebida, de modo que tal contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado”, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, prólogo de Luigi Ferrajoli, Madrid, Trotta, 2002, pp. 23 y 24.

<sup>59</sup> Al respecto, Prieto, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial” en Carbonell, Miguel, Cruz Parcerou, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (compiladores), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 3ª edición, México, UNAM, Porrúa, 2004, p. 23.

No hay, por tanto, “derechos gratuitos” y “derechos caros”: todos los derechos tienen un costo y ameritan de una estructura estatal que, al menos, los proteja de las posibles violaciones perpetradas por terceras personas. Podríamos decir, en consecuencia, que un análisis detenido de las categorías “derechos civiles” y “derechos sociales” nos permitiría concluir que no hay elementos suficientes para establecer una división clara entre ellas, y que las diferencias que pueden existir son más de grado de que sustancia;<sup>60</sup> a partir de esa conclusión se puede defender también la tesis de la indivisibilidad y de la inter-dependencia de los derechos. Gerardo Pisarello ejemplifica parte de lo que se acaba de decir con las siguientes palabras:<sup>61</sup>

...todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder: positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas.

El derecho a la libertad de expresión, en efecto, no sólo supone la ausencia de censura sino también la construcción de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios y televisiones o una regulación general que garantice el pluralismo informativo. El derecho de propiedad se garantiza no sólo mediante la ausencia de interferencias estatales arbitrarias sino también mediante la creación de registros inmobiliarios o a través de la financiación estatal de tribunales, jueces y funcionarios que puedan asegurar el cumplimiento de los contratos. El derecho de voto comporta la puesta en marcha de una compleja infraestructura de personal y de material que en ningún caso carece de repercusiones económicas. Incluso el derecho a no ser torturado exige el mantenimiento de centros de detención adecuados y cuerpos policiales formados en principios garantistas.

Del mismo modo, el derecho a la salud no sólo exige el otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo precio sino también la no contaminación de un río o la no comercialización de productos alimenticios en mal estado. El derecho al trabajo no sólo comporta el acceso a un empleo digno sino también la prohibición de despidos ilegítimos. El derecho a una vivienda adecuada no sólo supone... la provisión de viviendas de protección oficial sino también el cumplimiento de otras obligaciones estatales no necesariamente costosas: desde el reconocimiento de seguridad jurídica en la tenencia o la interdicción de las cláusulas abusivas en los contratos de alquiler, hasta la derogación de preceptos discriminatorios en las leyes urbanísticas o la prohibición de desalojos arbitrarios.

Hay que considerar también que, en el caso de algunos derechos sociales, existen derechos de libertad tendientes a proteger bienes jurídicos prácticamente idénticos a los que tutelan aquellos; así por ejemplo, existe una libertad de trabajo, antecedente (incluso en sentido histórico, como se verá más adelante) del derecho *social* al trabajo; de la misma forma, existe una *libertad de educación*, indisolublemente vinculada con el derecho *social* a la educación.

Una vez que se tiene claro lo anterior, no deben existir reticencias hacia el despliegue de efectos normativos plenos y directos de los derechos sociales; estos efectos deben ser exigibles incluso en sede judicial. La teoría constitucional tiene, en este punto, la tarea de pensar en vías idóneas de exigencia de los derechos sociales, sin dejar de tener presente que conllevan efectos presupuestales importantes y que la realización completa de algunos de ellos (vivienda, educación, salud), quizá no pueda darse de forma completa en un plazo corto de tiempo, como es obvio. Pero lo anterior no obsta para señalar con rotundidad que los derechos sociales *obligan*, que no son *buenos deseos* o *programas políticos*, sino simplemente normas jurídicas y que como tales deben ser vistos, analizados y aplicados.

---

<sup>60</sup> *Idem*, pp. 24 y 25.

<sup>61</sup> Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 29 y 30.

A partir de relativizar las diferencias entre derechos civiles y derechos sociales se puede desarrollar el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, que fue plenamente reconocido por la Declaración y Programa de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos que se llevó a cabo en esa ciudad en 1993; en el punto I.5 de dicho documento se afirma que “Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

## 2. *Derechos sociales y derecho a prestaciones*

Todo lo anterior no obsta para reconocer que los derechos sociales tienen un indudable componente prestacional, pues suponen la necesidad de que el Estado lleve a cabo un despliegue importante de actuaciones, muchas de ellas de carácter administrativo, para hacer efectivos los mandatos relacionados con esos derechos.

¿Qué significa que los derechos sociales sean, en parte, *derechos a prestaciones*? Robert Alexy lo explica de la siguiente manera: “Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto”.<sup>62</sup>

Las prestaciones a las que hace referencia Alexy no son más que actuaciones del Estado (en forma de bienes y servicios) constatables y medibles, como lo pueden ser la construcción de hospitales, la provisión de equipamientos escolares, la creación de un sistema de pensiones para jubilados, un sistema de sanidad público, la construcción de viviendas o el financiamiento para adquirirlas, etcétera.<sup>63</sup>

Se podría decir, en otras palabras, que los derechos sociales se regulan constitucionalmente como *mandatos de optimización*, puesto que postulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, pero dejan de alguna manera abiertas las vías para lograrlos. Los mandatos de optimización son normas jurídicas redactadas en forma de principios, los cuales, según Robert Alexy, “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”; los principios, en opinión de este autor, “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002 (reimpresión), p. 482.

<sup>63</sup> Prieto, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., p. 23.

<sup>64</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86.

La obligación de suministrar prestaciones vincula a todos los poderes, no simplemente a las autoridades de carácter administrativo. Desde luego, obligan también al legislador, como lo veremos enseguida.

## VI. LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES

En virtud de que aspectos sustanciales de los derechos sociales se satisfacen a través de prestaciones a cargo del Estado, es necesario examinar cuáles son en concreto las obligaciones por medio de las cuales se cumple con esas prestaciones y si existen o no parámetros normativos que las enmarquen. Esto es importante porque nos ayuda a definir, preliminarmente y con carácter general, el alcance semántico de los derechos sociales, que es una condición para poder desarrollar la plena exigibilidad de los mismos. Para cumplir ese objetivo es interesante aproximarse al tema desde una perspectiva tomada del derecho internacional de los derechos humanos, que aunque no ha sido un área a la que Ferrajoli le haya dedicado demasiada atención (salvo por lo que se refiere a la construcción de un constitucionalismo global y a la prohibición de limitar la inmigración contenida en el artículo 13 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948), me parece que proporciona buenos rendimientos analíticos y normativos.

### 1. *Obligaciones generales*

Tradicionalmente se ha considerado que las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales (o incluso, en términos más generales, en relación a todos los derechos fundamentales) tienen tres diversos niveles: respetar, proteger y cumplir o realizar.<sup>65</sup>

La obligación de respetar significa que el Estado –lo que incluye a todos sus organismos y agentes, sea cual sea el nivel de gobierno en el que se encuentren y sea cual sea la forma de organización administrativa que adopten- debe abstenerse de hacer cualquier cosa que viole la integridad de los individuos y de los grupos sociales o ponga en riesgo sus libertades y derechos; lo anterior incluye el respeto del Estado hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacer estos derechos por los medios que consideren más adecuados.

La obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones (como lo podrían ser procesos jurisdiccionales o sistemas de tutela administrativa), sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho.

La obligación de cumplir o realizar significa que el Estado debe adoptar medidas activas, incluso acciones positivas en favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos cuando no puedan hacerlo por sí mismos.

Las obligaciones de los poderes públicos en materia de derechos sociales que genéricamente se acaban de describir han sido detalladas por el Comité de Derechos Económicos, Socia-

---

<sup>65</sup> Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, número 43, Ginebra, diciembre de 1989, p. 48.

les y Culturales de la ONU en su Observación General número 3, referida justamente a la índole de las obligaciones de los Estados, dictada en su Quinto Periodo de Sesiones, en el año de 1990.<sup>66</sup>

La mencionada Observación toma como punto de partida el texto del artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece lo siguiente: “Cada uno de los Estados Partes en el Presente Pacto 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, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Aunque en su conjunto es del máximo interés, del artículo transcrito conviene subrayar tres expresiones: a) todo Estado Parte “se compromete a tomar medidas... por todos los medios apropiados”; b) “hasta el máximo de los recursos de que disponga”; y c) “para lograr progresivamente”.

A partir del texto del artículo 2.1. el Comité afirma que el Pacto genera para los Estados Partes tanto obligaciones de *comportamiento* como obligaciones de *resultado*; es decir, no se trata de que los Estados deban solamente conducirse de cierta manera, sino también de que logren ciertos objetivos, que se propongan metas y las realicen.<sup>67</sup>

## 2. Tomar medidas adecuadas

En primer lugar, los Estados deben garantizar el goce de los derechos establecidos en el Pacto sin discriminación alguna, como lo reitera el mismo artículo 2 del Pacto, en su apartado 2. Esta obligación es inmediata y no puede estar sujeta a ningún tipo de limitación u obstáculo (párrafo 1 de la Observación General número 3).

En segundo término, los Estados deben “adoptar medidas apropiadas”; esta obligación debe ser cumplida dentro de un plazo razonablemente corto tras la suscripción del Pacto, con independencia de que la plena realización de todos los derechos pueda llevar un tiempo más prolongado (párrafo 2). Sobre esta obligación Curtis y Abramovich señalan que no es declamativa: “significa que el Estado tiene marcado un claro rumbo y debe comenzar a ‘dar pasos’, que sus pasos deben apuntar hacia la meta establecida y debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible. En todo caso le corresponderá justificar por qué no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido”.<sup>68</sup>

Entre las primeras medidas a tomar se encuentran las de carácter legislativo, lo cual supone fundamentalmente dos cuestiones: la primera consiste en recoger en el ordenamiento jurídico interno todos los derechos que establece el Pacto, de forma que no quede duda sobre su vigencia dentro del territorio del Estado Parte; la segunda consiste en adecuar el ordenamiento interno

<sup>66</sup> Consultable en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, 2ª edición, México, CNDH, Porrúa, 2003, tomo I, pp. 497 y ss.

<sup>67</sup> Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, p. 48.

<sup>68</sup> Abramovich, Víctor y Curtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 79 y 80.

para el efecto de eliminar cualquier norma que sea contraria a esos derechos o que pueda suponer un obstáculo para su completa realización.

Hay que enfatizar el hecho de que la legislación nacional no solo debe ser *no contradictoria* con los instrumentos jurídicos internacionales, sino que debe contener las disposiciones necesarias para hacer de éstos normas completamente aplicables por las autoridades locales.

El Comité subraya el hecho de que, en el caso de varios derechos, la existencia de legislación interna es indispensable (párrafo 3). En otra de sus Observaciones Generales, el Comité señala que “los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte”.<sup>69</sup>

Otra medida que los Estados parte pueden acometer de inmediato es la realizar un “diagnóstico” de la situación que guardan cada uno de los derechos protegidos por el Pacto. A partir de ese diagnóstico, los Estados deben elaborar una estrategia nacional para el desarrollo, promoción y protección de los derechos. Entre los objetivos del diagnóstico deben estar el de determinar la proporción de ciudadanos que no disfrutaban de un derecho específico y la identificación de los sectores de la población que podrían ser vulnerables o desaventajados para su disfrute.<sup>70</sup>

El diagnóstico debe poder ofrecer una serie de instrumentos de medición que sirvan tanto al Estado como al Comité para medir concretamente si se ha avanzado o no en la consecución de un derecho determinado. Los instrumentos de medición son determinados sobre una base y unos criterios nacionales, lo cual sirve para poner a salvo la gran variedad de contextos económicos y sociales existentes, objetivo que no se lograría bajo un sólo nivel de medición determinado internacionalmente. En contra de esta consideración se ha dicho que con ella se podrían vaciar de contenido muchos mandatos sustantivos del Pacto.<sup>71</sup> En realidad quizá lo mejor sería que la determinación nacional se mueva dentro de ciertos parámetros, de manera que no se deje una completa discrecionalidad a los Estados. Como quiera que sea, el Comité ha sostenido que “los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte”.<sup>72</sup>

Junto a las medidas legislativas y de diagnóstico deben adoptarse también, en virtud del mandato de utilizar “todos los medios apropiados”, previsiones de carácter administrativo, judicial, económico, social y educativo. En este sentido, hay que decir que en algunas disposiciones del Pacto pueden encontrarse medidas concretas que los Estados deben tomar para implementarlo. Por ejemplo, en el artículo 13.2. se establece que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y gratuita para todos como medida para realizar el derecho a la educación. El Comité ha recalado

---

<sup>69</sup> Se trata de la Observación General número 9, relativa a la aplicación interna del Pacto, dictada durante el 19º periodo de sesiones, en el año de 1998; la cita está en el párrafo 3; esta Observación General es importante porque viene a complementar y, en ciertos aspectos, incluso a detallar el contenido de la Observación General número 3. La número 9 es consultable en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, tomo I, cit., pp. 550 y ss.

<sup>70</sup> En este sentido, Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 117.

<sup>71</sup> Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 119.

<sup>72</sup> Observación General número 9, párrafo 5.

que aunque en el texto del Pacto se utilicen supuestos ejemplificativos o ilustrativos (como en los artículos 6.2, 11.2, 12.2, 13.2 o 15.2), no por ello dejan de ser obligatorios.<sup>73</sup>

En principio, cada Estado Parte debe determinar por sí mismo cuáles son las medidas más apropiadas que debe tomar para cumplir con las obligaciones del Pacto, considerando sus propias circunstancias y la relación de todos los derechos protegidos. Sin embargo, la “propiedad” de las medidas puede no resultar evidente a primera vista, por lo cual los Estados deben informar claramente al Comité, en términos del artículo 16 del propio Pacto, porque consideran que las medidas adoptadas son las más pertinentes en vista de las circunstancias (párrafo 4).

### 3. *Creación de recursos legales para defender los derechos sociales*

Aparte de las medidas que ya se han comentado, el Comité considera concretamente que una medida apropiada consiste en el ofrecimiento de recursos judiciales para proteger los derechos, de forma que todos ellos puedan considerarse justiciables (párrafo 5). En la Observación General número 9 el Comité ha explorado con mayor detenimiento esta obligación de los Estados Parte.

En esta Observación el Comité reconoce que no se trata solamente de crear recursos judiciales, sino de implementar un concepto más amplio al que denomina “recursos legales”. Dentro de esos recursos se encuentran también los judiciales, pero no son los únicos ya que el Comité reconoce que los recursos administrativos “en muchos casos son adecuados”, ya que “quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto”. Los recursos administrativos, no obstante, deben reunir ciertas características, como por ejemplo ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces; en cualquier caso, debe existir la posibilidad de plantear una apelación judicial contra todo proceso administrativo (OG número 9, párrafo 9).

El Comité distingue entre el concepto de justiciabilidad de los derechos sociales y el concepto de “aplicabilidad inmediata”. El primero se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales; a lo anterior hay que agregar que la justiciabilidad también significa que los individuos y los grupos tengan la posibilidad de acudir ante esos mismos tribunales, lo cual es una pre-condición para luego estar en aptitud de determinar el ámbito en el que la decisión judicial es pertinente. Para el Comité la aplicabilidad inmediata de un derecho significa que ese derecho permite la aplicación por los tribunales sin mayor disquisición. El Comité señala que todos los derechos reconocidos en el Pacto tienen, al menos en algún aspecto, dimensiones significativas que puedan ser llevadas ante los tribunales, es decir, dimensiones de justiciabilidad (OG número 9, párrafo 10).

Respecto de la aplicabilidad inmediata el Comité realiza una consideración importante en los siguientes términos:

A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos

---

<sup>73</sup> Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 116.

poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad (OG número 9, párrafo 10).

Sobre el tema de la existencia de recursos judiciales que permitan llevar ante los tribunales las violaciones de los derechos sociales reconocidos en el Pacto, Abramovich y Courtis señalan que los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos; es decir, “no basta con los recursos previstos para reparar la violación de otros derechos, cuando por sus características impidan el planteo adecuado del caso”.<sup>74</sup> Es muy relevante enfatizar la idoneidad de los recursos judiciales existentes, ya que no puede considerarse como cumplida por los Estados Parte la obligación de brindar esos recursos por el simple hecho de que se aduzca que existen las vías judiciales tradicionales en caso de violación de derechos.

Para cumplir con la obligación de crear recursos legales que permitan defender los derechos sociales se tendrían que ampliar los cauces para promover acciones ante los tribunales, para lo cual también sería necesario dotar de sustantividad procesal a los denominados “derechos difusos” o “intereses colectivos”.<sup>75</sup> A partir del reconocimiento de dicha sustantividad procesal (pues es obvio que derechos como el medio ambiente o en ciertos aspectos el derecho a la educación y a la salud son materialmente difusos y protegen intereses colectivos), habría que ir modelando las estrategias de defensa procesal necesarias para cumplir con los señalamientos del Comité en materia de defensa de los derechos sociales.

#### 4. *Obligación de progresividad y prohibición de regresividad*

La obligación de “lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos” implica el reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales no podrá lograrse en un periodo breve de tiempo (OG número 3, párrafo 9).

Pero lo anterior no significa que se prive a la obligación contenida en el artículo 2.1. de todo contenido significativo. Por el contrario, la obligación de progresividad significa antes que nada que los esfuerzos en la materia deben darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una “mejora continúa de las condiciones de existencia”, como lo ordena el artículo 11 del Pacto.

De la obligación de progresividad se desprende también la prohibición de regresividad, es decir, la prohibición de que los Estados Parte den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos; por eso se puede afirmar que la obligación de los Estados Parte en relación con los derechos establecidos en el Pacto es de carácter ampliatorio, “de modo que la dero-

---

<sup>74</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 87.

<sup>75</sup> Para una introducción al tema ver Gidi, Antonio y Ferrer MacGregor, Eduardo (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2003.

gación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido”.<sup>76</sup>

Sobre este punto el Comité señala que “todas las medidas de carácter deliberadamente restrictivo en este aspecto deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (OG número 3, párrafo 9).

Abramovich y Courtis han señalado que la obligación de progresividad constituye un parámetro para enjuiciar las medidas adoptadas por los poderes legislativo y ejecutivo en relación con los derechos sociales, es decir, se trata de una forma de carácter sustantivo a través de la cual los tribunales pueden llegar a determinar la inconstitucionalidad de ciertas medidas (o al menos su ilegitimidad a la luz del Pacto).<sup>77</sup>

Toda medida regresiva se presume violatoria del Pacto y al Estado corresponde la carga de la prueba para demostrar que no lo es o que, siendo regresiva, está justificada.<sup>78</sup> Para poder justificar una medida regresiva el Estado tendrá que demostrar:<sup>79</sup> a) la existencia de un interés estatal permisible que la medida regresiva tutela; b) el carácter imperioso de la medida; y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos que pudieran ser menos restrictivos del derecho que se haya visto afectado de forma regresiva.

Desde luego, si la medida regresiva está dirigida a excluir de los niveles mínimo de protección a ciertas personas, entonces se considera que viola el Pacto, sin que el Estado pueda justificar en forma alguna esa medida.<sup>80</sup>

##### 5. Destinar el máximo de recursos disponibles

La obligación establecida en el artículo 2.1. del Pacto, consistente en destinar “el máximo de los recursos de que disponga” a la realización de los derechos establecidos en el propio Pacto, significa que los recursos del Estado, así sean insuficientes para la satisfacción completa de un derecho, deben ser empleados para dar cumplimiento al contenido del Pacto.

La misma obligación genera para los Estados Parte la carga de la prueba a fin de demostrar que en efecto se han empleado “todos los recursos disponibles” para cumplir con los objetivos del Pacto en el plazo más breve posible. Es decir, la falta o insuficiencia de recursos no debe tomarse como una verdad *prima facie*, sino que debe de ser acreditada por el Estado.

La obligación de informar y de transparentar la gestión pública es muy importante para el caso de todos los derechos sociales, especialmente en derechos como la salud o la vivienda que involucran un monto considerable de recursos y que suponen grandes zonas de opacidad en el funcionamiento de la administración pública.

<sup>76</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 94.

<sup>77</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 95.

<sup>78</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 105.

<sup>79</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 109.

<sup>80</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 110.

## 6. Periodos de crisis y niveles mínimos de los derechos sociales

Para efecto de cumplir con la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles no obsta el hecho de que un país se encuentre en periodo de “ajuste estructural” o pasando por una crisis económica, pues aparte de que los derechos fundamentales están vigentes en todo tiempo, el Comité se ha encargado de enfatizar que es justamente en tiempos de contracción económica cuando mayor relieve toman las obligaciones estatales para satisfacer los derechos y cuando más atención se debe poner a la correcta utilización de los recursos disponibles.

En periodos de crisis los Estados, cuando menos, deben asegurar las mejores condiciones posibles para los grupos más desaventajados:<sup>81</sup> “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos –afirma el Comité– causadas por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo” (OG número 3, párrafo 12).

Junto a lo anterior, los Estados Parte deben también estar en condiciones de ofrecer unos *niveles mínimos* de satisfacción de los derechos. El Comité ha señalado que “Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser” (OG número 3, párrafo 10).

Si en un Estado Parte no se pudieran satisfacer esos niveles mínimos se estaría frente a una “presunción de culpabilidad” del Estado en el incumplimiento de las disposiciones del Pacto; esta presunción puede ser derrotada si el Estado en cuestión demuestra que la situación de crisis ha sido de tal magnitud que ha estado fuera de su control y de sus posibilidades la satisfacción de los niveles mínimos en materia de derechos sociales.

En palabras del Comité, “Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (párrafo 10).

Craven señala, sin embargo, que dichos niveles mínimos no han sido determinados por el Comité, por lo cual no se tienen los instrumentos que permitan medir con precisión pero con flexibilidad los eventuales incumplimientos de los Estados parte.<sup>82</sup> Al respecto, Abramovich y Curtis señalan que

Si bien la tarea del Comité puede fijar los contenidos esenciales que identifiquen a ciertos derechos, resulta claro que tal propósito no puede alcanzarse sólo con volcar conceptos jurídicos en un texto. Numerosas opiniones han propuesto la adopción de algún sistema de indicadores que pudiera servir como parámetro. La utilización de indicadores resulta especialmente relevante cuando se exige al Estado el cumplimiento de ciertos objetivos que resultan mesurables, como la erradicación del analfabetismo, el tratamiento de las enfermedades endémico-epidémicas, la reducción de la morti-natalidad infantil o la siniestralidad laboral. En los últimos años, además, se ha comenzado a trabajar en la correlación entre la noción de contenido mínimo esencial de un derecho y los parámetros de desarrollo social y otros estándares técnicos establecidos a partir de indicadores estandarizados a nivel mundial. El principal propósito de todo sistema de indicadores es dar cuenta de dos factores claves, la voluntad y la capacidad del Estado de promover y proteger los derechos humanos. La dife-

---

<sup>81</sup> Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 139.

<sup>82</sup> Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 143.

rencia entre estos dos factores, particularmente en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, es crucial para examinar el comportamiento del Estado.<sup>83</sup>

En relación al contenido mínimo, es importante señalar que se trata de un concepto aplicable no solamente a los derechos sino también a sectores de la población; concretamente, se puede aplicar para identificar al mínimo de personas a las que el Estado debe proteger en caso de crisis económica. Es decir, el contenido mínimo en relación a grupos obliga al Estado a identificar a las personas en situación de vulnerabilidad para asegurarles el disfrute de sus derechos sociales; por ejemplo en materia de derecho a la vivienda se considera como grupo vulnerable a los ancianos sin recursos y a las personas con discapacidad; en relación a ellos el Estado debe suministrar una protección especial.<sup>84</sup>

Como señala Eide, “El umbral mínimo para enfocar el problema sostiene que el establecimiento de un nivel mínimo de satisfacción de necesidades es un requisito previo esencial de esta consecución progresiva de la realización de los derechos. La justicia distributiva de largo curso para realizar las normas completas de los derechos humanos requiere la justicia inmediata para aquellos grupos de personas más desfavorecidos”.<sup>85</sup>

Para sintetizar lo que se ha dicho hasta ahora se puede afirmar que los Estados, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, deben:

- a) Tutelar los derechos sin discriminación.
- b) Tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio.
- c) Demostrar que las medidas tomadas son las más apropiadas para alcanzar los objetivos del Pacto.
- d) Establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las posibles violaciones a los derechos señalados.
- e) Lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecidos en el Pacto, entendiéndose por progresividad la obligación de hacerlo de manera inmediata y continúa.
- f) No dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados, puesto que está prohibida o severamente restringida la regresividad.
- g) Destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir con el Pacto.
- h) Acreditar que en efecto se ha destinado el máximo de recursos disponibles.
- i) En periodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad; y
- j) Asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en periodos de crisis o de ajustes estructurales.

<sup>83</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 91 y 92.

<sup>84</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 92.

<sup>85</sup> Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, p. 54.

## 7. El acceso a la información en materia de derechos sociales

Uno de las cuestiones más importantes para hacer exigibles los derechos sociales tiene que ver con el acceso a la información relativa a esos derechos. Por varias razones.

En primer lugar, porque la información en materia de derechos sociales es necesaria para poder verificar que los poderes públicos estén cumpliendo con sus obligaciones,<sup>86</sup> en los términos en que han sido explicadas en el apartado anterior. En este sentido, solamente a partir de que se cuente con información suficiente se podrá saber si se están empleando todos los recursos disponibles a los derechos sociales o si esos recursos están siendo desviados. También se podrá evaluar si las metas propuestas en materia de derechos sociales se están alcanzando.

En segundo lugar, porque frente a los fenómenos de corrupción y de funcionamiento opaco de las grandes estructuras burocráticas encargadas de administrar los recursos destinados a la satisfacción de los derechos sociales, la información puede ser una vía de control y un requisito para denunciar actos ilegales.

En tercer término, porque si el funcionamiento de los poderes públicos es opaco en materia de derechos sociales, esos poderes pueden caer en manos de grupos de presión organizados, que gestionen clientelaramente las prestaciones sociales, como lo ha denunciado en varias ocasiones Ferrajoli.<sup>87</sup>

Por último, hay que decir que la información en un presupuesto mismo del funcionamiento democrático del Estado, basado en gran medida en la participación social.<sup>88</sup> Concretamente en materia de derechos sociales, la falta de información puede suponer un poderoso incentivo para la desmovilización social, pues a la vista de los ciudadanos la cuestión de los derechos sociales quedaría encerrada dentro del ámbito de decisiones de los expertos gubernamentales, sin que los instrumentos políticos tradicionales (entre los que se encuentran los mecanismos de control jurisdiccional) pudieran penetrar en la lógica burocrática que los guía.

Como señala Gerardo Pisarello, en el Estado social “adquiere una nueva dimensión el deber legislativo de información, publicidad y justificación tanto de los actos como de las omisiones de gobierno que atañan a los derechos”. Para este autor,<sup>89</sup>

En lo que respecta a los derechos sociales, corresponde al legislador y a la administración la obligación de probar e informar regularmente si se están adoptando, y de qué manera, todas las medidas que hagan posible el cumplimiento de las obligaciones antes mencionadas, incluida la utilización del máximo de recursos humanos, tecnológicos, informativos, naturales y financieros disponibles en el cumplimiento de los derechos y las directivas sociales. En un esquema institucional preocupado por la recuperación del principio de transparencia en el manejo de los recursos públicos, esta obligación de información ocupa un lugar capital. Por un lado, constituye una garantía de certeza y seguridad jurídica, en tanto permite a los destinatarios de los derechos conocer de antemano cualquier posible alteración o restricción arbitraria en el goce de los mismos, lo cual

---

<sup>86</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de derecho a la comunicación*, número 1, Buenos Aires, 2000, pp. 236 y ss.

<sup>87</sup> Por ejemplo en su trabajo “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad” en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (coordinadores), *Poder, derecho y corrupción*, México, Siglo XXI, ITAM, IFE, 2003.

<sup>88</sup> Abramovich y Courtis, “El acceso a la información como derecho”, cit., pp. 235 y 236.

<sup>89</sup> Pisarello, Gerardo, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, cit., pp. 125 y 126.

abre a su vez la posibilidad de alegar ante las instancias respectivas en ejercicio de su derecho al debido proceso. Y, desde una perspectiva más general, representa en última instancia un deber potencialmente sensible a los controles sociales, en la medida en que su incumplimiento o su cumplimiento defectuoso pueden operar como elementos de deslegitimación ante la opinión pública, mitigando de esa manera la irresponsabilidad con la que los órganos estatales suelen actuar en estos ámbitos.

La transparencia en la gestión de los derechos sociales (de las prestaciones que los hacen efectivos, en realidad) serviría además para evitar la tendencia anti-deliberativa que según algunos autores anida en la teoría de Ferrajoli.<sup>90</sup> La información generaría, en materia de derechos sociales, la posibilidad de mantener diálogos sustantivos en torno a la eficiencia de los recursos invertidos, de los sesgos discriminatorios (o no) de las políticas públicas correspondientes, del volumen de recursos económicos empleados, de la corresponsabilidad de los actores sociales en la financiación, de los alcances que debe tener la tutela de cada derecho, de la relación entre administraciones públicas y tribunales, etcétera. De esta manera, contando con información pública suficiente, no se daría la tendencia “insaciable” que algunos han querido ver en los derechos fundamentales y la garantía de los derechos sociales podría caminar de la mano con la democracia (lo cual no quiere decir que se eliminen todas las tensiones entre derechos fundamentales y democracia, que en cierta medida son fisiológicas).

---

<sup>90</sup> Ver Pintore, Anna, “Derechos insaciables” en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 243-265. En el mismo libro Ermanno Vitale también apuntaba el riesgo de que el constitucionalismo fuerte propuesto por Ferrajoli terminara fagocitando “a la democracia procedimental o formal, y a su substrato, la discusión pública. En resumen, de si no reducirá tendencialmente a cero o, en todo caso, erosionará notablemente la posibilidad de elección entre proyectos alternativos de sociedad y de deliberación por el sistema de mayoría. O dicho más generalmente, a la *política* democrática. Se podría, por ejemplo, imaginar, como hace el propio Habermas, a los derechos fundamentales, y entre ellos particularmente a los derechos sociales, paternalistamente garantizados por tecnócratas, entre los que podrían contarse los propios jueces constitucionales”, “¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli” en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 71.