

Capítulo 8

Los derechos sociales y sus garantías: un esquema para repensar la justiciabilidad

8.1. INTRODUCCIÓN

El tema de los derechos sociales ha despertado, desde hace poco más de una década, un renovado interés por parte de los constitucionalistas y filósofos del derecho. Algunos trabajos importantes se han escrito para brindar nuevos puntos de vista sobre lo que son los derechos sociales, su justificación, su protección y su viabilidad tanto en el ámbito doméstico como en el internacional.¹

¹ Destaco aquí algunos trabajos: Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997; del mismo autor *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001; Fabre, Cecile, *Social Rights under the Constitution. Government and the Decent Life*, Oxford, Clarendon Press, 2000; Cruz Parceró, Juan Antonio, “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, IJ-UNAM, México, 2000, hay una 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2001; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Abramovich, Víctor; Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México 2003; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia y Editorial Legis, Bogotá, 2005; Griffin, James, *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008; Gilabert, Pablo, “The Feasibility of Basic Socioeconomic Human Rights: A Conceptual Exploration”, en *The Philosophical Quarterly*, vol. 59, núm. 237, octubre, 2009, pp. 659-681. Hay traducción “Viabilidad de los derechos humanos socioeconómicos: una exploración conceptual”, en Dieterlen, Paulette (comp.), *Los derechos eco-*

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sin embargo, no faltan también posturas críticas y escépticas respecto a todos estos puntos que vale la pena tomar en cuenta.² El tema de la *justiciabilidad* de los derechos sociales, esto es, que la administración de justicia pueda imponer estos derechos, se ha convertido en uno de los temas centrales de discusión y, para algunos autores, si bien no aparece como la única vía para protegerlos, al menos sí figura como una forma privilegiada para la garantía de los mismos. En pocos casos se aclara o se asume que se trata de una forma de protección, entre muchas otras, y llama la atención lo poco que se discuten otras alternativas, al menos entre juristas y filósofos del derecho.

Algunas de las ideas centrales de estos aportes recientes apuntan a sostener que los derechos sociales *pueden y deben* ser —y de hecho en algunos casos son— protegidos a través de la intervención judicial; se acepta que la intervención judicial es, por lo general, algo positivo, aunque se suelen aceptar y discutir algunos límites. Quienes están en contra o se mantienen más escépticos respecto de la viabilidad de la justiciabilidad sostienen que no es posible determinar las obligaciones correspondientes de los derechos sociales y, por ende, el alcance de las decisiones judiciales; que la maquinaria judicial no es adecuada para esta tarea; también ponen en duda tanto la legitimidad de los jueces para tomar decisiones que afectan financieramente al gobierno, como su incapacidad o falta de experiencia para llegar a determinaciones adecuadas en tales casos, y la falta de consideración de intereses de terceros afectados que no son parte de un proceso judicial, entre otros temas.

Esta literatura nos ha proporcionado nuevos enfoques, tanto a favor como en contra, que nos permiten abordar el tema con

nómicos y sociales. Una mirada desde la filosofía, IIF-UNAM, México, 2010, entre muchos otros.

² Por ejemplo, Rosenkrantz, Carlos F., “La pobreza, la ley y la Constitución”, *SELA Papers*, Paper 15, 2002, disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/15 Pincione, Guido, “Market Rights and the Rule of Law: A case for Procedural Constitutionalism”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 26, núm. 2, 2003, pp. 397-454; Atria, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones: Derechos Sociales*, año III, núm. 4, 2004.

Los derechos sociales y sus garantías...

mejores herramientas que las que teníamos hasta hace poco. Sin embargo, habrá que reconocer que la discusión de estos temas no es algo totalmente novedoso. Al menos ya desde el siglo XIX, para no irnos más lejos, muchos de estos temas se habían planteado ya en distintos países de Europa donde los movimientos obreros impulsaron numerosas reformas legales. Las bases del Estado social estaban ya establecidas en el siglo XX, la políticas keynesianas se fueron consolidando en Estados Unidos y luego en Europa, hasta su declive durante los años setenta. A partir de ahí, la crisis del Estado de bienestar generó innumerables discusiones en el terreno de la sociología y la economía. Paralelamente, otra línea de discusiones surgió a partir de la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). En el ámbito de los derechos humanos se fortaleció la idea de que hay derechos sociales y que estos forman parte de ese grupo prestigioso de derechos que denominamos “derechos humanos”. Esta idea comenzó a nutrir las discusiones en el ámbito jurídico en tiempos recientes, pasando a convertirse en un tema de iusfilósofos y de constitucionalistas.

Es precisamente el enfoque que se le ha dado al tema de los derechos sociales en el derecho lo que quiero poner en cuestión en este capítulo. Intentaré sugerir que la forma en que estamos discutiendo estos temas en el ámbito jurídico se tendría que replantear para no dejar al margen una serie de aportes y enfoques de otros ámbitos, sobre todo de la sociología, la economía y las políticas públicas. Pretendo invitar al jurista para que mire hacia otros campos del conocimiento que pueden enriquecer sus reflexiones y sus propuestas de reformas. Llamaré la atención sobre algunos presupuestos que han quedado ignorados cuando se habla de la justiciabilidad de los derechos sociales, presupuestos que valdría la pena traer a la discusión y explorarlos a la luz de los avances que se han hecho en la literatura reciente. Trataré de hacer una modesta contribución para reenfocar el ámbito en el que operan los derechos sociales y la utilidad o valor que tiene la justiciabilidad como una forma de garantizar estos derechos. Sugeriré algunas conexiones entre la justiciabilidad de los derechos sociales y la forma como se organiza un Estado de bienestar. Distinguiré dos maneras básicas de entender la justiciabilidad: a) la justiciabilidad constitucional que por medio de recursos le-

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

gales directos permite que jueces, tribunales y cortes supremas conozcan de presuntas violaciones a los derechos sociales cuando estos tienen un carácter constitucional o fundamental, y b) la justiciabilidad asociada al funcionamiento de políticas públicas, donde los mecanismos legales pasan a reforzar el diseño y ejecución de las políticas sociales y su desviación. En general, lo que intento es proporcionar un esquema amplio para entender cómo funcionan las garantías que pueden tener los derechos sociales y los distintos niveles en que operan dichas garantías. Este trabajo, a fin de cuentas, no es otra cosa que el intento de definir a grandes rasgos las líneas generales de un proyecto más ambicioso, que consistirá en ocuparme en otro momento de algunos de los problemas aquí señalados.

8.2. LOS MODELOS DE ESTADO DE BIENESTAR

Un problema de algunos de los juristas que discuten sobre los derechos sociales es el desconocimiento de lo que se discute en otras disciplinas, particularmente en la sociología y la economía. En estas áreas existen una vasta literatura y discusiones en torno al Estado de bienestar —su origen, su desarrollo, su transformación o crisis—, y sobre las formas en que se han diseñado, ejecutado y regulado las políticas sociales o de bienestar, los problemas que enfrentan y el futuro que se espera en torno a ellas. No trato de formular un mero reproche (y tampoco interesa aquí indagar las causas de esta falta de interés o desconexión ni proponer cómo se podría solucionar), lo que quiero sostener es que hay ciertas complejidades del funcionamiento de un Estado con políticas sociales que no deben pasar inadvertidas a la hora de discutir el tema de cómo garantizar los derechos sociales.

La literatura y las distintas perspectivas que discuten en torno al *Estado de bienestar* (*welfare state*), *Estado social* o *Estado providencia*, como dije, es tan basta que resultaría un despropósito para efectos de este trabajo intentar siquiera condensar los términos de lo que se debate o los puntos de vista de las distintas corrientes involucradas. Lo único que parece ser parte de un acuerdo general es que el Estado de bienestar tradicional o *keynesiano* —aunque no hay tampoco acuerdo sobre cuáles sean sus

Los derechos sociales y sus garantías...

rasgos distintivos— entró en crisis y estamos viviendo una etapa de adaptación, evolución o reinención del mismo ante las nuevas circunstancias tecnológicas, económicas, políticas. Mientras unos ven en esta crisis una fase de claro declive del Estado de bienestar, otros ven tan solo una forma de adaptación y auguran que habrá *welfare state* para rato, o si se prefiere, que seguiremos contando con políticas sociales para garantizar niveles aceptables de bienestar de las personas.

Algo similar ocurre también cuando se discute el futuro de determinadas estrategias o políticas sociales: mientras unos auguran un papel central para algunas de ellas, otros las ven como algo ya superado que habrá que evitar o eliminar. Quizá las posturas más radicales en el espectro económico-político —el neoliberalismo más conservador y las izquierdas más radicales— son quienes con más seguridad afirman que el Estado de bienestar tiende a desaparecer —o al menos que es algo esperable que ello ocurra—. Los primeros porque creen que el “libre mercado” puede hacerse cargo de manera más eficiente de casi todo lo que no se puede resolver con el Estado de bienestar, y los segundos porque creen que lo único que ha logrado el Estado de bienestar es mantener el sistema capitalista que habría que superar, esto es, desaparecer.³ Comoquiera que se formulen estas ideas extremas —que aquí solo presento de una manera muy simplificada—, parecen quedar en entredicho cuando avizoran o predicen que la crisis del Estado de bienestar es un síntoma de su próximo final o extinción.

Por el contrario, concuerdo con quienes piensan, con bastante sustento empírico, que el Estado de bienestar no solo es una forma de organización presente en mayor o menor grado en la amplia mayoría de los países contemporáneos desarrollados y en vías de desarrollo, sino un modelo cuyos presupuestos político-filosóficos tienden a asentarse en la mayoría de estos países.

A riesgo de adentrarme en temas que no domino, y que espero se comprenda quizá cierta ingenuidad, considero que es

³ Miliband, Ralph y Liebman, Marcel, “Beyond Social Democracy”, en Miliband, R.; Saville, J., Liebman, M. y Panitch, L., *Socialist Register 1985/86*, Londres, The Merlin Press, 1986, pp. 476-489.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

importante partir, para nuestro propósito, de algunas ideas generales sobre cómo funcionan o han funcionado los Estados de bienestar. Para tal fin echaré mano de una tipología de Estados o regímenes de bienestar que me ayude a mi aproximación, si bien hay que aclarar que hay muchas clasificaciones y tipologías que obedecen a distintos propósitos explicativos y a diversos enfoques teóricos, desde algunas que han tratado de abarcar diferentes modelos que agrupan a la gran mayoría de los países del mundo, hasta las que se basan principalmente en describir los modelos de países occidentales, extendiéndolas hasta donde se puede a otros países en desarrollo.⁴ Algo que muestran algunos de los análisis comparativos entre sociedades muy diversas es que, dada la diversidad de formas que adoptan las provisiones sociales que se desarrollan en países del Tercer Mundo, se puede sostener que las garantías de los derechos sociales no son del todo dependientes del crecimiento económico y de la intervención estatal, y que las formas de proteger derechos sociales y la legislación en materia social en países occidentales no son las únicas formas de asegurar el desarrollo social.⁵ Sin embargo, esta conclusión es poco alentadora si lo que se busca son alternativas generales, ya que tales desarrollos alternativos suelen estar arraigados a culturas y tradiciones religiosas específicas, cosa que las hace entonces valiosas solo ahí donde están fuertemente arraigadas, de modo que su capacidad de ser trasladadas a otras realidades es con frecuencia mínima o nula.

Aunque también esto nos muestra algo muy importante: en países con una gran diversidad cultural —como muchos de los Estados contemporáneos— algunas de las redes que mantienen o fortalecen ciertos niveles de bienestar social están fuertemente arraigadas en tradiciones culturales. El que los lazos sociales de esas comunidades o ciertas creencias se vean afectados genera

⁴ Algunas caracterizaciones muy usuales entre sociólogos son hablar por ejemplo del modelo bismarkiano y del modelo beveridgeano, que alude a las reformas introducidas por Bismark que se centran en el modelo de seguro —mutualismo—, y las introducidas por el ministro inglés Beveridge, centradas en los impuestos.

⁵ Dean, Hartley, *Welfare Law and Citizenship*, Londres, Prentice Hall Harvester Wheatsheaf, 1996.

Los derechos sociales y sus garantías...

que se debiliten a su vez las prácticas y relaciones que sustentan cierto tipo de desarrollo social o de bienestar en tales comunidades. Si el cambio se produce sin que dichas prácticas sean reemplazadas con éxito por otro tipo de prácticas o de políticas sociales, se generarán entonces disminuciones graves de los niveles previos de bienestar. Algunos estudios comparativos y estudios de caso advierten la importancia de ese sustrato socio-cultural que muchas veces es ignorado cuando se diseñan y ejecutan políticas sociales.

Una caracterización muy extendida de los diversos tipos de Estados de bienestar es la propuesta por Esping-Andersen (1995). Para este autor, es posible hablar de tres modelos tradicionales de Estado de bienestar. Las variantes de este tipo de regímenes implican variaciones respecto a los derechos sociales y la estratificación social que se genera a partir de arreglos entre el Estado, el mercado y la familia. Dentro de un primer grupo se comprende a aquellos Estados de bienestar que denomina “liberales”, en otro a los llamados “corporativistas”, y en un tercero a los que denomina “socialdemócratas”.⁶

El modelo “liberal” —dentro del cual se comprende típicamente a países como Estados Unidos, Canadá y Australia— se caracteriza por hacer hincapié en la *selectividad*, en contemplar modestos niveles de provisión universal de recursos y modestos planes de seguridad social. La clientela recae principalmente sobre trabajadores de bajos ingresos. La titularidad para reclamar estos beneficios está asociada a un estigma social y las ayudas son muy modestas. A cambio, el Estado promueve el mercado, en ocasiones de manera activa, subsidiando esquemas privados de bienestar. Las consecuencias de este modelo son que se minimizan los efectos de lo que denomina la “mercantilización” (*commodification*)⁷ —que se refiere tanto al proceso en que algo

⁶ Esping-Andersen, Gøsta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 1995, p. 27.

⁷ Para una explicación más general de este concepto véase Ertman, Martha M. y Williams, Joan C., “Preface. Freedom, Equality, and the Many Futures of Commodification”, en Ertman, Martha M. y Williams, Joan C. (eds.), *Rethinking Commodification*, Nueva York, New York University Press, 2005, pp. 1-7.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

se convierte en una mercancía (*comodity*) como al estado de cosas que sobreviene de dicho proceso—; restringe el ámbito de los derechos sociales y erige un orden de estratificación que es una combinación de una relativa igualdad de pobreza entre los beneficiarios del Estado de bienestar, un bienestar diferenciado por el mercado entre las mayorías y una diferenciación política entre estas dos clases.⁸

El modelo “corporativista” —donde se incluye típicamente a Austria, Francia, Alemania e Italia— está fundado en la tradición corporativista que originó fuertes Estados que rechazaron la obsesión liberal por la eficiencia del mercado. La aceptación o reconocimiento de derechos sociales casi nunca fue un tema cuestionado. Lo que predominó fue la preservación de diferencias de clase y estatus, de modo que los derechos iban anexos a la clase o estatus. De aquí también el énfasis en la negociación política entre los grupos mayoritarios —capital-trabajo-Estado—. El Estado juega aquí el rol principal como proveedor de bienestar y al mercado se le deja un rol marginal. Este modelo descansa en parte en un modelo de familia tradicional, típicamente ligado a tradiciones religiosas, pues bajo este modelo se excluyen de beneficios a mujeres no trabajadoras, y los beneficios por maternidad o servicios de asistencia familiar son muy escasos. Los beneficios a los excluidos del mercado de trabajo o la familia son selectivos y escasos.⁹

El modelo “socialdemócrata” —que incluye principalmente a los países escandinavos— está fundado en la tradición universalista que se preocupa por promover un nivel de vida alto e igualitario. En este modelo, la socialdemocracia es la fuerza dominante que impulsa las reformas. Los socialdemócratas buscan un Estado de bienestar que pueda promover una igualdad de altos estándares, no una igualdad de condiciones o necesidades mínimas. Esto implica que los servicios deben satisfacer los estándares y gustos de las nuevas clases medias, y que la igualdad será promovida mirando a igualar las condiciones del trabajador con quienes están mejor situados. La fórmula consiste entonces en programas

⁸ Esping-Andersen, Gøsta, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁹ *Ibidem*, p. 27.

Los derechos sociales y sus garantías...

universales, todos los estratos y tipos de trabajadores son incorporados bajo un mismo sistema de seguridad, aunque los beneficios son graduados de acuerdo con las ganancias de cada uno. A diferencia del modelo corporativo, la intervención sobre la familia es preventiva y se socializa el costo de protección familiar, pero no para afianzar la dependencia familiar, sino para lograr las condiciones para la independencia individual, por ejemplo, la independencia de la mujer. El modelo se describe como una fusión entre liberalismo y socialismo. El resultado es un modelo que hace transferencias directas a los niños, los ancianos y a quienes más necesitan ayuda.¹⁰ El pleno empleo es un objetivo de los Estados de bienestar pero en cada modelo adquiere particularidades, por ejemplo, respecto a la participación o no de la mujer, la participación del Estado para determinar o no salarios mínimos, etcétera.

Esta tipología de Estados o regímenes de bienestar proporciona solo modelos ideales, de modo que algunos Estados reales se aproximan más o menos a alguna de estas tipologías. Además, históricamente hablando, muchos de los países que se mencionan han pasado por etapas donde un modelo sustituye a otro. Hoy día se puede decir que los viejos países corporativistas europeos han pasado por una amplia reforma de corte liberal y socialdemócrata; los socialdemócratas o escandinavos han adoptado también reformas liberales en mayor o menor grado, y los liberales mantienen algunos elementos socialdemócratas.

En la Unión Europea de hoy —que ha incorporado a países del antiguo bloque socialista— se discute qué modelo social ha de adoptarse. Entre avances —por ejemplo, el Tratado de Ámsterdam de 1997— y retrocesos —la no entrada en vigor de la Constitución europea—, el proceso de integración europeo parte de un reconocimiento claro y explícito de los derechos sociales y cada vez hay más preocupación por equiparar las condiciones sociales de los Estados miembros. Aunque prevalece todavía el llamado principio de subsidiariedad, que deja la competencia en materia social en primera instancia a los Estados y subsidiariamente cuando estos no logran fines o metas traza-

¹⁰ *Ibidem*, pp. 27-28.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

das, se puede presentar una intervención de las instituciones comunitarias.¹¹

Otra observación más sobre la tipología es que en el caso de países latinoamericanos, si bien nos puede ayudar en alguna medida a entender cómo funcionan, tendríamos que hacer un esfuerzo por ver hasta qué grado ello es así y hasta dónde conviene allegarse más información que nos ilustre sobre ciertos rasgos particulares. Uno de estos rasgos puede ser, por ejemplo, la existencia de pueblos indígenas, que social, política, económica y culturalmente se encuentran muchas veces al margen del resto de la población. En algunos países, salvando algunas diferencias importantes, es claro que se han adoptado modelos corporativistas —México, Brasil, Cuba, Uruguay, Argentina, Venezuela—, que en los casos de México, Argentina y Brasil han pasado por amplias reformas de carácter liberal, mientras que Venezuela parece consolidar el corporativismo y dar marcha atrás a las reformas liberales. Otros Estados pueden verse más influidos por un modelo liberal —Colombia, Chile—, aunque Chile mismo podría verse como enfocado hacia un proyecto de corte socialdemócrata.

8.3. LOS NIVELES DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS

El concepto de garantía que usaré en este apartado quizá le resulte extraño a muchos juristas, por lo que me gustaría hacer algunas precisiones conceptuales para evitar confusiones y lograr transmitir con más precisión mis puntos. La idea de garantía en el derecho se ha concebido como una idea estrictamente formal, de forma que se suele decir que un derecho está garantizado cuando existe algún mecanismo técnico-jurídico diseñado para protegerlo. La existencia de este mecanismo o técnica jurídica no implica que de facto el derecho se garantice, en el sentido de que se satisfaga o cumpla. En este trabajo nos apartaremos de esta idea y siguiendo a otros autores,¹² sostendremos que la ga-

¹¹ Aparicio Tovar, Joaquín, *Introducción al derecho social de la Unión Europea*, Albacete, Ediciones Bomarzo, 2005.

¹² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ...cit.; del mismo autor *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ...cit.; Peña Freire, An-

Los derechos sociales y sus garantías...

rantía es un concepto multidimensional, lo cual supone que no existe una entidad o esencia de partida para el conocimiento de la garantía que pueda ser aislada, descompuesta o utilizada como factor de exclusión conceptual.¹³ Al contrario, solo será posible localizar la garantía en el análisis de otros elementos del sistema y en el juego y reproducción continua de relaciones jurídicas.¹⁴ A esta idea añadiría yo que no solo entran en juego relaciones definidas como jurídicas, sino relaciones sociales de otra índole. Lo que es importante es que comprendamos que lo que sea una garantía no depende de una esencia o de determinada forma jurídica, por el contrario, como afirma Peña Freire “La garantía no es un ente abstracto que se pueda escindir —ni siquiera para su estudio— de los bienes y valores garantizados”.¹⁵ No tiene pues sentido preguntarse qué es la garantía, sino entender su naturaleza instrumental y preguntarse en todo caso cómo se expresa o cómo funciona. La garantía incorpora un elemento finalista que le da sentido en la medida en que un sistema de garantías adecuado será aquel que maximice el grado de tutela de los valores más importantes del sistema jurídico-político en que se inserta.

Hay juristas que han sostenido que la garantía de los derechos —de valores o de intereses— es algo que depende de muchos factores y que nunca se presenta como una cuestión de todo o nada, sino como una cuestión de grado, de forma tal que lo más conveniente sea hablar de niveles o grados de garantías.¹⁶ Esto significa entender los derechos en un sentido muy amplio, de modo que podamos decir con cierto sentido que un derecho puede estar más o menos garantizado aún allí donde no se encuentre reconocido legalmente y, por consiguiente, no pueda hacerse uso de los órganos jurisdiccionales. La garantía del derecho depende

tonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.

¹³ Peña Freire, Antonio Manuel, *op. cit.*, p. 25.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ...*cit.*; del mismo autor *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ...*cit.*; Peña Freire, Antonio Manuel, *op. cit.*; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

entonces de otros factores que contribuyen a que ciertos bienes, recursos o estados de cosas sean disfrutados por los individuos.

Hablaré entonces de tres tipos o niveles de garantías que podemos tener respecto a los derechos sociales.¹⁷ Las garantías jurisdiccionales, esto es, los procedimientos y normas jurídicas representan el tercer nivel. Los dos primeros niveles responden a otros mecanismos donde el elemento jurídico, si bien suele estar presente, no constituye el aspecto principal de estas garantías (se puede decir que tampoco es el enfoque jurídico el que prevalece para entender la función de las garantías en estos niveles). En los dos primeros niveles, las garantías tienen que ver con las formas en que se relacionan ciertas instituciones sociales, los sujetos o los grupos, o dicho en otros términos, la manera en que se conforman las relaciones dentro de un sistema social y económico, y las formas en que diversas instituciones y sujetos realizan sus funciones y se interrelacionan entre sí. Todo eso está relacionado de alguna manera con el derecho, pero lo que sirve de garantía de los derechos no está en función de su carácter legal, como veremos enseguida.

Hablaré entonces de un primer nivel de garantías asociadas con un *arreglo social básico*, y de un segundo nivel de garantías relacionadas con el diseño y ejecución de *políticas públicas* por parte del Estado. El tercer nivel, como ya dije, se refiere a garantías de protección jurídica, dentro de las cuales se incluye lo que se ha denominado la *justiciabilidad*.

8.4. EL ARREGLO SOCIAL BÁSICO

El primer tipo de garantías correspondería a cierta manera de proteger los derechos sociales o los valores que estos implican, a

¹⁷ En este sentido hablar de derechos sociales es hablar de manera general de los valores y estados de cosas valiosos para el bienestar de los individuos y para gozar de las bases materiales para desarrollar un plan de vida significativo. Entre estos se encuentran de manera general: la educación básica, ciertos niveles de salud o de servicios de salud, ciertas condiciones de vida (digna) que implican tener una vivienda adecuada, vestido, alimentación sana, acceso al agua potable, etc.; un ingreso remunerativo para acceder o cubrir estos bienes o servicios, entre otros derechos.

Los derechos sociales y sus garantías...

través de lo que llamaré *arreglos sociales o institucionales básicos*. Estos arreglos básicos definen los rasgos generales de la sociedad en que opera el tipo de Estado social o Estado de bienestar que se intenta implementar. Este arreglo básico consiste en una relación específica entre el Estado —el gobierno y los demás poderes—, el mercado, los ciudadanos y otros actores —grupos sociales diversos—; y otras instituciones sociales, donde hay que destacar invariablemente la familia y la religión. La manera en que estas relaciones se establecen no depende de procesos del todo voluntarios, sino que se trata, en buena medida de procesos históricos y adaptativos de las sociedades. En esta medida, podemos referirnos a ellos como *estados de cosas*, que si bien no están del todo fuera del alcance de la acción voluntaria, existen en ocasiones tantas variables que es muy difícil el éxito de tal tipo de acciones. Muchos cambios que ocurren en este nivel son resultado de cambios en las costumbres, cambios de régimen político, cambios tecnológicos, cambios en materia económica que se generan a partir de procesos más generales y multifactoriales.

Lo importante que quiero resaltar es que estas formas de arreglo representan ya una forma de garantizar algunos derechos sociales —en ciertos grados—, y de limitar o excluir a otros de tal protección —también en grados distintos—. Este arreglo social básico es una especie de lo que algunos constitucionalistas llamaron la Constitución real de un Estado, en oposición a la Constitución formal. En este arreglo existe ya una forma de distribuir responsabilidades respecto a la protección y seguridad de las personas, también una manera —no formal— de reconocer derechos para algunos y de negárselos o regateárselos a otros. Por ello, este “arreglo” no se trata exactamente de un “pacto social” en que participen todos los actores o en el que todos los intereses hayan estado representados, al modo en que Rawls o Habermas han pensado cómo debería funcionar una sociedad justa. Es decir, no se trata de una cuestión normativa, sino empírica.

En todo arreglo social de este tipo, por ejemplo, la familia juega un rol importante, ya que a ella se le asignan una serie de responsabilidades de cuidado, educación, asistencia, alimentación, etc. En sociedades donde el rol del Estado es muy restringido, la familia —o alguna otra institución comunitaria— suele jugar una función más importante para asegurar el bienestar de

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

sus miembros —pero también a su interior se dan condiciones de inequidad—. Se confía entonces en lazos familiares fuertes, estables y duraderos.¹⁸ En una situación así, quedar fuera de la familia es quedar en un estado de desprotección o de exclusión. En cambio, donde el Estado juega un rol importante, los lazos familiares pueden ser más flexibles y menos fuertes y duraderos. La desintegración familiar entonces no es un factor determinante —aunque suele ser importante— para ver a alguien como un excluido o quedar en una situación vulnerable.¹⁹

Algo similar ocurre con el mercado, ahí donde el libre mercado es más fuerte y hay menos intervención del Estado se produce cierta desprotección o hasta la exclusión de quienes no logran insertarse en un buen empleo o en una empresa más o menos sólida. Pero un Estado que interviene de manera fuerte en el mercado y la economía a través de programas de seguridad social por lo general no puede extenderlos a todos, de modo que también se generan ciertas formas de exclusión, por ejemplo, entre quienes quedan asegurados y los que no, o entre quienes actúan en una economía formal y los que no.

¹⁸ Algunos estudios comparativos e históricos sobre las formas en que las sociedades consiguen proteger el bienestar han subrayado siempre el rol de la familia, cuando esta protección falla es que se ha visto la necesidad de desarrollar otras formas de protección que a lo largo de la historia se han ido desarrollando. Hoy día se señala por ejemplo la importancia central de la familia en los sistemas islámicos y algunos de Oriente y Latinoamérica, mientras que se señala cómo en países europeos esa centralidad de la familia ha disminuido considerablemente.

¹⁹ Otro ejemplo, es ver cómo ciertas tradiciones y lazos familiares se combinan con problemas de migración masiva. En México, muchos campesinos han tenido que emigrar a Estados Unidos en busca de trabajo, pese a que se ha generado una desintegración parcial del núcleo familiar, ello no ha significado necesariamente la desprotección, sino en muchas ocasiones lo contrario. Por ejemplo, en muchos casos el trabajador migrante obtiene mayores recursos que envía a su familia en México, quienes ven algunas mejoras a su situación de pobreza. En otros casos menos frecuentes se ha facilitado el intercambio comercial vía exportación de artesanías, lo que implica mayores recursos. Lo que de cualquier forma está ocurriendo es que la estructura familiar se ha visto afectada de manera importante y con ello muchas costumbres locales, pero donde estos cambios impactan los lazos de solidaridad que había en la familia o la comunidad entonces se resienten en los niveles de bienestar y traen consigo otra serie de problemas.

Los derechos sociales y sus garantías...

Factores de índole cultural y religioso pueden también ser determinantes en este tipo de arreglos sociales básicos. En sociedades cultural o religiosamente estratificadas, la movilidad social puede ser mínima, pese a cualquier esfuerzo del Estado o de la apertura del mercado. En la India, por ejemplo, se ha visto cómo su sistema de castas es un obstáculo en muchas regiones para poder implementar políticas sociales de combate a la pobreza. Para que ciertas políticas sociales pudieran tener éxito sería necesario buscar las formas de una transformación más profunda en esas estructuras religioso-culturales. Las mismas políticas sociales, a su vez, pueden contribuir en este sentido, aunque en el mejor de los casos, su impacto será menor al que normalmente se esperaría tener en otras condiciones.

Un elemento importante de esta estructura básica suele ser el de quiénes son ciudadanos y quiénes no —definido aquí sí en términos jurídicos—; pero también importan otras formas de estratificación o diferencias de clase que impactan en el tipo de ciudadanos que se tiene en tal estructura básica. Esto implica una manera de hacer un reparto tanto formal como no-formal de derechos y obligaciones. Pero en este nivel de análisis, lo formal es solo parte de un estado de cosas, lo cual significa que la situación real no coincidirá con lo que formalmente quede consagrado en una Constitución política o en las distintas leyes —por ejemplo, con un amplio reconocimiento legal de una ciudadanía igualitaria)—. El papel normativo de las normas jurídicas hace que no las podamos ver como una descripción de lo que ocurre en la realidad.

En el arreglo básico se generan entonces ciertos *costes* en términos de exclusión de personas respecto de algunos o de todos los beneficios. El arreglo es, en ese sentido, más o menos justo —o injusto— desde el punto de vista normativo. La exclusión, que es parte de este arreglo, genera que parte de estas fuerzas sociales se organicen o se vean involucradas en otras instituciones sociales o actividades que son vistas como ilícitas o delictivas. Allí donde el arreglo básico excluye a muchos, aparecerán una economía informal extendida, una economía delictiva y formas de solidaridad o de control al margen de las demás instituciones. Surgirán también, como muchos sociólogos lo han advertido, fenómenos de pluralismo jurídico, que implican en cierta forma

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

una manera de negar el orden formal establecido o, mejor dicho, la autoridad de dicho orden. Pero no todos los que participan o se ven involucrados en estos mercados u organizaciones ilícitas son en realidad excluidos o desfavorecidos; en cada uno de estos subsistemas habrá quienes están en una posición de dominación de otros y tendrán en buena medida satisfechas sus necesidades —sus derechos sociales estarán aceptablemente satisfechos—. El narcotráfico, por ejemplo, es un tipo de economía delincriminal e informal en la que participan muchos tipos de actores, algunos están bien situados socialmente y gozan de grandes beneficios y hasta pueden convivir dentro de los círculos de poder y el mercado legal. Sin embargo, para buena parte de los que participan en eso la situación es más bien de precariedad. Para el vendedor al menudeo, el que transporta, el que siembra, etc., su actividad es de alto riesgo y con ella apenas logra mejorar en poco sus condiciones de bienestar. Su propia ilegalidad genera tipos de riesgos respecto de los cuales no cabe esperar ninguna clase de ayuda del Estado (al menos claro, no una ayuda legal, dado que la corrupción y otras formas de generar impunidad suelen ser factores que “ayudan” a tales actividades).

Retomando una idea de Pierre Rosanvallon, se habla aquí de *exclusión* como estados más o menos estables o permanentes, como el desempleo de larga duración, de “*desperfectos sociales*” que ya no son aleatorios y circunstanciales, sino que nos llevan a una visión más determinista que ya no advierte cómo se puede lograr una reversibilidad de dicha situación, una situación en la que entran todo un conjunto de poblaciones que quedan al margen de un marco que brinda condiciones de seguridad.²⁰ Algunos hablan de *desigualdades duraderas* o *persistentes* para referirse a las condiciones que perduran de una interacción social a la siguiente, que persisten a lo largo de una carrera, una vida y una historia organizacional.²¹

Dentro de los costos del arreglo quedan comprendidos quienes están excluidos de forma más o menos permanente de los be-

²⁰ Rosanvallon, Pierre, *La cuestión social. Repensar el Estado providencia*, trad. por Horacio Pons, Buenos Aires, Manantial, 1995.

²¹ Tilly, Charles, *La desigualdad persistente*, trad. por Horacio Pons, Buenos Aires, Manantial, 2000, p. 20.

Los derechos sociales y sus garantías...

neficios y de cierto grado de protección social. Serán fenómenos de la exclusión, por ejemplo, el desempleo duradero, la migración necesaria, la economía informal, la economía delincriminal, la no-ciudadanía, etc. Todos estos fenómenos implican personas excluidas de los beneficios. Pero los excluidos no existen “fuera-de-lo-social”, como explica Castel,²² son parte de un fenómeno colectivo o social, son, en otros términos, resultado de lo que aquí hemos llamado el “arreglo social básico”, un estado de cosas que tiene en distinto grado ganadores y perdedores.

Es importante dejar al menos solo señalado que el arreglo básico, junto con las formas concretas que adoptan ciertas políticas sociales, llevan a determinar una especie de relación entre generaciones, es decir, transferencias de riqueza o de costos de una generación a otra que puede llevar a serios desequilibrios. El tema de las pensiones, por ejemplo, es un ámbito en donde la situación se ha tensado al grado de ser hoy por hoy uno de los problemas más serios y urgentes que tiene que resolverse en muchos países. No es conveniente simplificar este tipo de problemas, pues suelen llevar aparejados problemas técnicos complejos junto con problemas de crecimiento poblacional, sin embargo, lo cierto es que el asunto puede verse como un problema en que una generación anterior hereda a otra cargas difíciles de sostener y, a su vez, la generación de hoy está ya imponiendo cargas desproporcionadas con las que las generaciones futuras tendrán que lidiar.

En suma, el primer nivel de garantía de derechos sociales —y de otro tipo de derechos también— depende de lo que hemos llamado el arreglo social básico. Es dentro de esta compleja red de relaciones institucionales que algunos individuos quedan protegidos y otros no, unos mejor y otros peor. Comprender cómo funciona esta red es importante para que las garantías de los otros dos niveles puedan, a su vez, tener eficacia. Pero los cambios que se intenten a este nivel suelen ser a largo plazo y a través de mecanismos variados donde el derecho juega sin duda un rol importante, pero nunca determinante.

²² Castel, Robert, *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, trad. por Viviana Ackerman, Buenos Aires, Manantial, 2004, p. 63.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

8.5. LAS POLÍTICAS SOCIALES Y LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS

Este segundo nivel de garantías es propiamente un enfoque particular que mira al Estado (gobierno) en su labor de implementación de políticas públicas de carácter social. Esta actividad estatal está inserta también en el arreglo social básico, pero es un aspecto de ese arreglo que es hasta cierto punto más sensible a la acción voluntaria, de forma que es un instrumento de cambio y reforma social muy importante. Las instituciones del Estado hacen uso de los medios a su alcance para diseñar políticas públicas que intentan mejorar o garantizar el bienestar de las personas y sobre todo de sus ciudadanos. Básicamente, aquí nos referimos tanto a las funciones de diseñar y planificar las políticas sociales, como a las de reglamentar o regularlas y a las de ponerlas en práctica. En esta dimensión aparece una constante tensión entre el poder legislativo y el administrativo. Una primera tensión que se presenta en la reivindicación de la competencia para diseñar y decidir el funcionamiento tanto de las mismas instituciones o agencias públicas, como para diseñar y decidir las políticas y programas sociales concretos, es el tipo de financiamiento que tendrán. Una segunda tensión se presenta como el problema entre discrecionalidad y reglamentación: entre la confianza que reclama quien aplica los programas y los diseña, y la desconfianza de quien quiere sujetarlos a reglas claras, exige certeza y teme la arbitrariedad.²³ Tensión que aparece también, por un lado, entre el saber del experto o del burócrata que confían en su discreción y en su saber asociado a ciertas profesiones, y que al mismo tiempo tienen interés de acrecentar su poder —poder no-responsable—, exigiendo más flexibilidad para actuar so pretexto de lograr mayor eficacia. Del otro lado, la desconfianza del ciudadano que suele verse afectado por decisiones arbitrarias y exige certidum-

²³ Esta discusión se presenta en términos de *Rule of Law* vs. *Rule of Men*, pero entendiendo por esto último una forma discrecional de gobernar, que bien puede estar autorizada o requerida por la ley. Esto es, no se trata de una oposición entre lo que sería *Rule of Law* frente algo semejante a acciones ilegales. Las fórmulas “government subject to law” o “government bound by law” no captan la distinción cuando el derecho autoriza al gobierno a actuar de cualquier manera, Pincione, Guido, *op. cit.*, pp. 399-400.

Los derechos sociales y sus garantías...

bre, reglas claras y ve siempre como un riesgo conferir mayor poder al gobierno.

En relación con estas cuestiones se presentan diversas discusiones sobre el uso mismo de la noción de derechos sociales. Aparecen aquí diversas maneras de conceptualizarlos y en relación con estas surgirán —tanto por parte de los defensores de la discrecionalidad como por parte de los partidarios de la reglamentación— distintos tipos de recelos o ventajas. Por ejemplo, quienes apelan a la discrecionalidad preferirán no usar el lenguaje de los derechos sociales, incluso lo rechazarán del todo, argumentando que no puede haber verdaderos derechos sociales, ya que de lo que se trata es de políticas que deben ser por naturaleza flexibles y adaptables a las circunstancias, de modo que reclamos rígidos en términos de derechos solo llevarían a plantear, o bien cosas imposibles de realizar —aspiraciones vanas—, o bien se volverían un obstáculo al darles oportunidad de participar a los individuos en tareas que deben quedar en manos de expertos. Quienes apelan a la certidumbre de las reglas no necesariamente defenderán los derechos sociales, porque algunos de quienes pretenden limitar la discrecionalidad a través de reglas muy rígidas, no ven necesariamente a los derechos sociales como una forma adecuada para tal tipo de reglamentación. Sin embargo, para otros, el uso de un lenguaje de los derechos sociales es visto como el mejor medio para establecer contenidos que no son negociables y que el gobierno no puede dejar de lado, al mismo tiempo que pretenden darle al individuo o a ciertos grupos el poder de reclamar por sí mismos tales beneficios sin tener que esperar que el poder decida hacerlo de buena gana. Pero aun en este último grupo de quienes aceptan hablar de derechos sociales, hay diferencias sobre cómo estos son concebidos o cómo modelarlos atendiendo a ciertas finalidades concretas.

Es en este momento donde los derechos sociales quedan concebidos como derechos en un sentido más técnico o como meras aspiraciones que en todo caso guían de una forma débil a las políticas públicas, pero que los individuos no pueden exigir como algo que ya se ha ganado de antemano, sino en todo caso pueden conseguir a través de peticiones, entrar en negociaciones, presiones, etc., para conseguir algo que

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

de por sí está sujeto a duda y no solo a la disponibilidad de recursos.²⁴

Cabría decir que en este sentido se hace necesario una caracterización conceptual de los derechos sociales, que nos sea útil para discutir y analizar mejor las distintas objeciones y ventajas que se les suele atribuir. Pienso que operar con una división tan simple como la de Dworkin, entre *rights* y *policies*, no ayuda mucho a discutir el tema. En otro lugar —siguiendo a R. Alexy—, he tratado de especificar los diferentes tipos de normas que entran en juego tratándose de derechos sociales.²⁵ En esos trabajos concluí que las normas de fin juegan un rol especial, pero que hay dos clases de este tipo de normas, una que funciona como regla y otra que funciona como directriz o *policy*. Además, se ha destacado que algunos derechos sociales pueden perfectamente concebirse en términos de reglas de acción.

Ya sea que estas cuestiones queden concebidas en términos de derechos o del mero objeto de políticas públicas, ellas se presentarán normalmente como una especie de “paquetes” o grupo de problemas, hablaremos entonces de problemas de salud o del derecho a la salud, de la educación o del derecho a la educación, y así con la vivienda, la alimentación, la seguridad social, el empleo, etcétera.

El modo de concebir los problemas genera también una forma de diferenciar a los sujetos: sanos/enfermos, capacitados/discapacitados (inválidos), empleados/desempleados, asegurados/no-asegurados, activos/jubilados, ricos/pobres,²⁶ etc. También opera una diferenciación por sexo: mujer/hombre, o por

²⁴ Véase el cap. de mi libro “Derechos sociales: clasificaciones, normas, acciones y fines”, en Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

²⁵ Cruz Parceró, Juan Antonio, “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales. Réplica a Fernando Atria”, en *Discusiones*, núm. 4, 2004; véase también mi libro *El lenguaje de los derechos*, ...cit.

²⁶ En realidad muchas de estas distinciones aceptan graduaciones diversas y no necesariamente en los términos en que las presento. Los programas de pobreza suelen operar con distintos niveles de ingresos y hacer así distinciones en función de parámetros. La salud y la enfermedad pueden aceptar también graduaciones, lo mismo que la invalidez o la incapacidad.

Los derechos sociales y sus garantías...

etapas en la vida de un sujeto: infancia, juventud, madurez, vejez. En relación con estas distinciones funcionan prestaciones específicas. Estas diferenciaciones o categorías juegan un rol de gran importancia —determinado no solo por su definición legal, sino también por las condiciones sociales—, cierto tipo de institucionalización en torno de ellas que repercute en términos de quiénes quedan incluidos y quiénes excluidos de ciertas políticas, derechos o recursos. El uso de estos criterios suele ser motivo de controversias técnicas, políticas y jurídicas. Igualmente existen otras clasificaciones que han resultado sospechosas o injustificadas para propósitos sociales, por ejemplo, las que atienden a la raza, la creencia religiosa, la preferencia sexual, pero cuya repercusión en la exclusión es importante. Podríamos, además, hablar de una “nueva generación” de distinciones que comienzan a tener influencia en el diseño de algunas políticas sociales y políticas de contratación. Me refiero a distinciones como las de fumador/no-fumador, bebedor-de-alcohol/no-bebedor-de-alcohol, deportista/no-deportista —más otras que tienden a introducirse cada vez más en los hábitos alimenticios de los individuos—, que en ámbitos como el de los seguros médicos o el laboral cobran especial relevancia para determinar los montos de aportación o derechos condicionados.

Debido al arreglo institucional básico al que nos referimos en el apartado anterior, las políticas sociales concretas adoptarán ciertas modalidades. Si usamos la clasificación de tipos de Estado de bienestar, de la que hablamos antes, podemos decir que los Estados adoptarán políticas sociales con ciertas características que los acercarán a un modelo o a otro, o podemos también decir que en situaciones como la presente, donde se buscan nuevas alternativas, el gobierno diseñará o implementará algunas políticas o paquetes de políticas que tienen, entre otros rasgos posibles, el de ser más *universales* o más *selectivas* —personalizadas—, más *rígidas* o más *flexibles*, *condicionadas* o *incondicionadas*.²⁷ En una

²⁷ Que una política o un beneficio sea *universal* significa que se otorga o aplica a una clase de sujetos identificados formalmente y de manera previa, mientras que una política es *selectiva* si se elige o selecciona a quienes se les va a beneficiar con base en algunos criterios que guían a quien tiene el poder de decidir. Que sea *rígida* supone que está determinada de antemano y quien la aplica tiene poco o nulo margen de decisión y poder de adaptación o

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

medida muy importante, una buena selección y diseño de políticas públicas es importante para la eficacia del modelo de desarrollo económico y social.

Estas formas en que se puede configurar una política o servicio social presentan ventajas y desventajas, de modo que no se puede en abstracto decidir cuáles son mejores. Sin embargo, la experiencia en muchos casos demuestra que cierto tipo de diseño sobre cómo garantizar derechos sociales es mejor que otros, aunque esto, a fin de cuentas, es una cuestión determinable empíricamente. La educación básica, por ejemplo, suele concebirse mejor como un bien o un recurso que debe ser proporcionado de forma universal y no selectivamente. En cambio, por ejemplo, la ayuda alimenticia o ayudas indirectas, a través de exenciones de impuestos, suelen proporcionarse de manera selectiva o a lo mucho se otorgan a grupos limitados de forma universal (leche para niños de hasta cierta edad, ayuda económica a padres de familia con cierto número de hijos, etcétera).

Esta parte del diseño de políticas sociales genera a su vez otro tipo de costes relativos, es decir, cierto tipo de exclusión referida al diseño de esos programas sociales concretos. El uso de ciertas políticas implica la especificación y delimitación de los titulares o beneficiarios potenciales y quiénes quedan fuera de tales beneficios. El ser excluido de cierta política social concreta y del beneficio que trae aparejado no genera exclusión social por sí mismo, ya que la protección o la seguridad puede estar garantizada por otras políticas o programas sociales, o por otros medios que no dependen directamente de las políticas sociales, por ejemplo, a través de un buen salario, un negocio propio, o de pertenecer a una familia que le presta apoyo y sustento, etc. De forma que la exclusión de ciertos servicios o prestaciones puede ser una cues-

corrección de la misma; que sea *flexible* supone en cambio que las políticas públicas pueden ser modificadas y adaptadas lo que implica mayor poder discrecional en quienes las operan. Que sea *condicionada* significa que la prestación o beneficio se otorga a cambio de algún tipo de contraprestación por parte del beneficiario, ya sea al menos un compromiso de este que lo hace responsable para mantener el beneficio, mientras que el que sea *incondicionada* significa que el beneficiario no tiene que comprometerse a nada a cambio del beneficio.

Los derechos sociales y sus garantías...

tión de grado, donde uno de los extremos es la total exclusión de cualquier forma de seguridad y de la obtención de medios de una manera lícita. Empero, se puede generar algún tipo de exclusión relativa, distinta a la que se genera a partir del arreglo básico, o se puede reforzar aquella.

El diseño e implementación de políticas sociales genera problemas de exclusión de otro tipo, por ejemplo, la que se genera al no contemplar, esto es, omitir a algún grupo de personas que están en una situación de desventaja, pero también, por ejemplo, generando diferenciaciones y exclusiones parciales o tratos inequitativos entre los beneficiarios, de modo que se produce una especie de estratificación social en función de los beneficios que se obtienen. Se habla entonces de ciudadanos de primera, segunda o tercera clase.

Quiero destacar también el riesgo siempre latente del uso ilegítimo de los programas sociales para servir a propósitos de índole electoral, de cooptación, manipulación y control. No es extraño que durante los periodos electorales en los sistemas democráticos haya denuncias del empleo de fondos públicos y de recursos destinados a la pobreza o a otros fines sociales para apoyar a ciertos candidatos o partidos. El uso electoral de estos programas es una tentación grande en cualquier sistema democrático. Además, ciertas características del diseño facilitan más que otras ese uso ilegítimo. Por ejemplo, ciertos beneficios o derechos condicionados serían muy útiles para exigir cierto tipo de corresponsabilidad por parte del beneficiario y evitar los abusos que generan políticas más universalistas e incondicionadas. Sin embargo, muchas formas de evaluar si se ha cumplido o no suelen dejar un margen de discreción muy grande en los funcionarios públicos, eso genera mayor poder y mayor capacidad de corrupción, de forma tal que ante ese peligro es mejor preferir un diseño no condicional, o implementar en todo caso sistemas de control más estrictos en épocas electorales.

Es importante que el tema de la *justiciabilidad* y de otras formas de garantía jurídica lo podamos enfocar a partir de esta relación estrecha con la forma en que se diseñan y operan las políticas públicas. La selección de cierto tipo de políticas genera problemas de diseño relativos a los titulares —quiénes debe-

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

rían incluirse y no se incluyen, y quiénes no deberían incluirse y se incluyen—; problemas de ejecución relacionados con la exclusión de beneficios de quienes tienen derecho o prioridad —o inclusión de quienes no lo tienen—; problemas de discrecionalidad administrativa en políticas selectivas o condicionadas. Los medios jurídicos, tanto de regulación como de control jurídico, deben atender a los problemas particulares que las políticas concretas entrañan, de forma que puedan decidirse y seleccionarse las formas de control adecuadas que no dejen de ser sensibles también a problemas económicos, políticos y culturales que conllevan su implementación.

8.6. LAS GARANTÍAS LEGALES Y LA JUSTICIABILIDAD

Para los juristas en general —salvo algunas excepciones relevantes— hablar de garantías de los derechos es hablar de un conjunto de derechos subjetivos —en sentido técnico-kelseniano de este concepto—, es decir, en acciones procesales en manos de los ciudadanos para reclamar tales derechos o reclamar aspectos concretos de su implementación. Aquí hemos usado una noción más amplia de esta idea, ya que la idea básica de garantizar un derecho o determinados valores o bienes no tiene por qué reducirse a un mecanismo técnico-jurídico. En este trabajo no sigo a algún autor en particular entre quienes han sostenido este sentido más amplio de la idea de garantía.²⁸ Más bien, he tratado de presentar una nueva formulación, que coincide solo en parte con algunas de las ideas de otros autores.²⁹ Esta noción amplia parte de distinguir tres niveles en que puede operar la protección de derechos —valores, bienes, etc.—. A los dos primeros nos hemos

²⁸ Véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997; Peña Freire, Antonio Manuel, *op. cit.*; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

²⁹ No puedo ocuparme aquí de presentar algunas de las razones por las cuales creo que las otras versiones no son del todo coherentes, pero dado que a mi modo de ver estamos aún en una etapa de repensar esta noción, considero que son intentos muy valiosos aunque no acabados.

Los derechos sociales y sus garantías...

referido ya con la advertencia que hicimos en su momento de que esos dos niveles no están desconectados entre sí. Se trata de una distinción que apunta a tener enfoques diferentes de lo que puede o no servir para garantizar los derechos; se trata de una distinción que nos ayuda a ver —con distintos enfoques— cómo la protección de los derechos, su garantía, es un problema que se encuentra inserto en temas sociales, económicos y políticos de diversa índole. Nuestro enfoque pretende rechazar una visión formalista que no nos sirve para dimensionar adecuadamente el problema de la garantía de los derechos.

En este tercer nivel de garantías discutiremos dos temas importantes: la protección constitucional de los derechos y la *justiciabilidad* de los derechos sociales.

Los teóricos del derecho han prestado especial atención al tema del reconocimiento constitucional de los derechos sociales. Se ha discutido si es pertinente o no un reconocimiento constitucional de los derechos sociales, si son o pueden ser concebidos como derechos fundamentales, y qué funciones cumplen cuando obtienen este reconocimiento.³⁰ Para nuestros propósitos será conveniente tener presente que la discusión sobre la constitucionalización de los derechos sociales se presenta sobre todo en aquellos países donde no tienen tal reconocimiento, o donde su existencia es más reciente. En la mayoría de los países donde estos han sido reconocidos, lo que se discute es más bien el estatus que tienen en relación con los derechos civiles y políticos, sus funciones, si son verdaderos derechos fundamentales o no, y si su carácter de directrices (*policies*) los hace inadecuados o no para el estatus que les otorgamos a tales derechos. En este apartado no entraré en tales discusiones, asumo que la protección constitucional es conveniente y está plenamente justificada. Lo que

³⁰ Véase Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *op. cit.*; Abramovich, Víctor; Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *op. cit.*; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (comps.), *op. cit.*; Fabre, Cecile, *op. cit.*; Pincione, Guido, *op. cit.*, pp. 399-400. Arango, Rodolfo, *op. cit.*; Gargarella, Roberto, "Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?", en Besson, Samantha y Martí, José Luis (eds.), *Democracy and its Discontents*, Inglaterra y EEUU, Ashgate, 2006, entre muchos otros.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

aquí me interesa es analizar el tipo de impacto que tiene este tipo de protección y su relación con la justiciabilidad de los derechos sociales. Para ello, introduciré la distinción entre dos formas de justiciabilidad:

- a) la justiciabilidad relacionada con la protección directa de los preceptos constitucionales, y
- b) la justiciabilidad relacionada con el funcionamiento y diseño de políticas sociales.

A la primera la llamaremos *justiciabilidad constitucional* y a la segunda *justiciabilidad de políticas públicas*.

8.6.1. La justiciabilidad constitucional

Este tipo de justiciabilidad se basa en la competencia del poder judicial, esto es, de los jueces de proteger derechos constitucionales cuando los individuos o grupos —a través de acciones individuales o colectivas— reclaman por la violación de sus derechos. Nos referimos aquí especialmente a los derechos sociales protegidos en las constituciones, tanto de manera explícita como implícita. Se trata de un tipo de garantía jurídico-formal que puede adoptar modelos como el *habeas corpus*, el *amparo* o la *tutela* y las acciones colectivas —*class action*—. De este tipo de intervención judicial puede resultar que se ordene una provisión específica de bienes o recursos económicos, la prestación de un servicio específico a favor del demandante o del grupo involucrado con la acción colectiva. También puede tener como resultado un pronunciamiento dirigido al poder legislativo y/o al ejecutivo de legislar en el sentido de llenar alguna laguna legislativa o de poner remedio a un problema que afecte los derechos sociales de determinadas personas.

Muchas de las críticas que se dirigen a los derechos sociales tienen que ver con este tipo de intervención de los jueces. Resumiendo mucho este tipo de objeciones, se sostiene que los jueces no están capacitados técnicamente y/o legitimados democráticamente para afectar la distribución de recursos o las políticas públicas. Se trata pues de objeciones que tienen que ver con la invasión de funciones por parte del poder judicial.

Los derechos sociales y sus garantías...

Algunos teóricos del derecho y ONG son un tanto optimistas, a mi parecer, respecto del rol que las cortes supremas y los tribunales juegan y puedan jugar en países en desarrollo en cuanto a la defensa de los derechos sociales. No quiero negar aquí algunos logros importantes que se han obtenido en países como Colombia, Argentina,³¹ y en menor medida México.³² Pero es importante hacer notar que el tipo de justiciabilidad que he denominado constitucional tiene en cierta forma un rol más de tipo simbólico en el tipo de garantía que ofrece. Permítaseme explicar esto con más detalle para no dar lugar a malentendidos. No quiero sostener que no sea importante, ni que en algunos casos no haya demostrado consecuencias importantes a favor de la garantía de los derechos. Desde luego que este tipo de garantías formales juegan un rol importante que contribuye a la protección de los derechos sociales. Sin embargo, cuando sostengo que hay cierto optimismo no justificado es cuando creo que se confía en que a través de la labor de las cortes supremas o de ciertos jueces o tribunales se puede lograr lo que no se ha conseguido a través de un arreglo social básico más justo y de un Estado social fuerte y eficiente que opere principalmente a través de políticas públicas enfocadas al desarrollo, la seguridad social, la educación, la salud, el combate a la pobreza, etcétera.

Precisamente, como la garantía de los derechos sociales depende de los tres niveles de los que hemos hablado, en ocasiones se corre el peligro de que con enfoques reduccionistas se termina confiando demasiado en el rol de ciertos órganos jurisdiccionales, como si la eficacia de la protección de derechos sociales se pudiera reducir o dependiera únicamente de la intervención del poder judicial. Cuando uno analiza los casos de éxito de este tipo de intervenciones, lo primero que se observa es su carácter limitado, es decir, por lo regular una decisión jurídica favorece

³¹ Por mencionar un par de casos que conozco. Desde luego creo que hay otros casos más, no solo en América Latina, sino en otros continentes, pero prefiero no citar casos particulares, ya que no conozco detalles de otros casos.

³² Un caso reciente e importante es el de la comunidad Mani Numa en el estado de Guerrero. Véase por ejemplo la tesis de maestría de Magdalena Cervantes, *Las estrategias sociales en la exigibilidad de los derechos sociales: el caso Mani Numa*, México, FLACSO, 2010.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a pocas personas afectadas por la violación de los derechos (salvo que se trate de medidas que conducen a la anulación —por inconstitucional— de ciertas leyes). Además, el que exista una decisión favorable para cierta persona o grupo no significa que el cumplimiento por parte de la autoridad administrativa —o alguna otra— resulte algo automático, ya que muchas veces comienza otro tipo de litigio por obligarlas al cumplimiento.³³

Lo que sí hay que tener en cuenta es que este tipo de protección jurídica contribuye —o puede contribuir— de otra forma importante. Por ejemplo, el interés del poder judicial en la protección de los derechos constitucionales cumple una función educativa frente a quienes sistemáticamente les han negado a los derechos sociales el carácter de derechos y de ser fundamentales o humanos. De cierta forma, sirve para evaluar la actuación tanto del legislativo como del ejecutivo, al señalar la falta de coherencia de la legislación ordinaria con los derechos sociales constitucionales. Puede cumplir una función básica de denunciar la exclusión social y señalar los costos sociales que se producen por arreglos injustos o por la falta de políticas sociales. Esta función tiene un carácter negativo, en el sentido de rechazar reformas o el diseño de leyes que introducen criterios de exclusión inconstitucionales.

Hay que advertir que la justiciabilidad constitucional puede, sin embargo, jugar un rol ideológico nocivo. Cuando el aparato de justicia es ineficiente, corrupto o controlado por la propia administración, los mecanismos jurídicos quedan al arbitrio de los jueces y responden de manera aislada y en muy pocos casos. Los pocos “éxitos” suelen ser usados retóricamente para sostener la legitimidad de un régimen político que en realidad hace pocos esfuerzos para mejorar los niveles de bienestar de las mayorías y de darle una protección y garantía eficiente a los derechos sociales. Aun las ONG, activistas y académicos preocupados genuinamen-

³³ En el caso *Mani Numa*, por ejemplo, la comunidad indígena obtuvo una sentencia favorable para que se garantizara el derecho a la salud de sus miembros. La resolución ordenó a distintas autoridades se instalara una clínica en la comunidad y un hospital en otra población cercana. De esta resolución se logró solo la primera parte, es decir, una clínica, lo demás se convirtió en objeto de otros recursos para que la autoridad cumpla con la sentencia.

Los derechos sociales y sus garantías...

te por estos temas pueden ser presa de ese uso retórico, sobre todo cuando se ganan algunos casos que parecen importantes, pero en una situación de injusticias extremas donde tales logros no sirven casi de nada. Mi punto no está en regatear los éxitos que se obtienen y que cuestan con frecuencia mucho trabajo para los movimientos a favor de estos derechos. Lo que me interesa es que podamos ver esos éxitos en un contexto más amplio y los podamos redimensionar.

8.6.2. La justiciabilidad de políticas públicas

La justiciabilidad de políticas públicas está relacionada con el diseño de las políticas públicas y con las formas de exigir responsabilidad y transparencia. Los mecanismos jurídicos sirven entonces como una tuerca más en el diseño de dichas políticas, pero juegan el rol importante de poner a disposición de los ciudadanos —beneficiarios o no de programas sociales— mecanismos de control y de supervisión.

Este tipo de justiciabilidad es más fácil de concebir en cuanto a sus límites y su contenido, precisamente porque está —o debe estar— estrechamente relacionada con el funcionamiento y diseño de las políticas sociales. Por ejemplo, el reclamo sobre el monto de una pensión o de un crédito de vivienda de un trabajador, una queja sobre el tipo de atención médica para un paciente, la expulsión de un niño de una escuela pública, etc., son el tipo de casos de este tipo de justiciabilidad. Los jueces y tribunales se convierten en un poder asociado al mantenimiento de la legalidad o, en algunos casos, un poder para resolver casos de contradicciones y de lagunas jurídicas. La justiciabilidad en este sentido es solo parte de la forma en que debe funcionar un Estado de derecho. Los recursos jurídicos son en este sentido un *refuerzo* de las garantías que funcionan en el segundo nivel de nuestra distinción.

Como técnica de control inserta en un sistema de niveles de garantías tiene sus propias limitaciones y peligros. No es por ello adecuado sobredimensionar su importancia, y habrá que entender que su eficacia o utilidad ha de verse en dos dimensiones, una amplia y otra concreta o específica. En la primera, habremos

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

de evaluarla en relación con los otros niveles de garantía atendiendo a la función que cumple respecto a ellos. En este caso, la evaluación que hagamos de la utilidad o eficacia de los instrumentos que están involucrados en los otros niveles será un presupuesto para entender la función y utilidad que tiene la justiciabilidad dentro de ese esquema amplio. En el segundo caso, la dimensión específica consistirá en evaluar el diseño y funcionamiento mismo de este tipo de justiciabilidad —abstrayéndonos de ese contexto institucional y social más amplio— fijándonos solo en su potencial y eficacia en tanto técnica jurídica de acceso a la justicia.

Podríamos admitir además otras formas intermedias de justiciabilidad que apelen no a la intervención judicial necesariamente, sino a procedimientos de rendición de cuentas (*accountability*) de las agencias encargadas del diseño y ejecución de políticas sociales, o a la intervención de instituciones no jurisdiccionales como la del *Ombudsman*, que suelen ser más ágiles y eficientes que los procesos administrativos o judiciales normales.³⁴

Desde una perspectiva histórica y relacionada con los modelos de Estado de bienestar a que hicimos referencia al inicio, la justiciabilidad ha tenido más espacio de desarrollo dentro del modelo socialdemócrata que en el colectivo o en el liberal. El tipo de políticas públicas que se usan en los sistemas socialdemócratas, así como ciertos arreglos institucionales básicos ayudan a que el ciudadano juegue un rol más activo y pueda inconformarse y reclamar con éxito algún beneficio social del que ha sido excluido o discriminado; así como también disponga del poder jurídico para combatir o exigir que en el diseño de políticas se usen criterios legitimados democráticamente y que en todo el proceso exista transparencia y acceso a la información. Esto último resulta crucial para evaluar las políticas públicas y esa información debe estar disponible no solo para el poder legislativo —como parte del sistema de división de poderes y de pesos y contrapesos—, sino también para los ciudadanos.

³⁴ En México, por ejemplo, la Comisión Nacional de Derechos Humanos se ha convertido, en los hechos, en una agencia pública independiente del gobierno, que ventila quejas que en gran número provienen de usuarios del de los servicios de seguridad social estatales.

Los derechos sociales y sus garantías...

En el modelo corporativo, el control y acceso a la justicia de los ciudadanos ha sido escaso e incluso nulo. La intervención judicial ha sido vista como extraña a ese modelo, pues ahí la participación ciudadana está mediada por organizaciones, gremios y sindicatos que recurren a la negociación y presión política para satisfacer sus derechos sociales. Esta negociación ha sido siempre sectorizada, de modo que los logros mejoran la situación de algunos grupos y otros en cambio quedan desprotegidos o gozan de niveles inferiores de prestaciones sociales.

En el modelo liberal, asociado por lo general con la negación de que existen genuinos derechos sociales, la justiciabilidad de estos derechos es vista también como algo que no compete al poder judicial. Se suele carecer ahí de legitimidad procesal para interponer recursos para proteger este tipo de derechos, aunque los abogados se las han ingeniado en algunos casos para presentar sus recursos bajo argumentos donde lo que se intenta proteger son derechos civiles y políticos, como el derecho a la no discriminación, el derecho de igualdad de trato, el derecho a la legalidad, al acceso a la justicia, a la información, etc. En este modelo liberal es muy importante que haya un sector de la administración de justicia y abogados que defiendan este tipo de acciones, de otro modo hay poco margen para ellas.

Muchos estudios sociológicos sostienen que la transformación del Estado de bienestar pasa por una creciente individualización tanto en los servicios y prestaciones como en el poder que se le deja a los individuos para participar democráticamente en el diseño de las políticas, como para hacer reclamos ante desviaciones o discriminación. Por ello, hay que estar prevenidos respecto al uso de estos mecanismos y saber dimensionar su utilidad.

8.7. CONSIDERACIONES FINALES

El énfasis que se ha dado en el debate jurídico contemporáneo al tema de lo que hemos denominado la justiciabilidad constitucional ha generado que se haya dejado de lado la relación que tienen los derechos sociales, tanto con las políticas públicas como con otras formas de garantizarlos que no dependen de la acción —al menos directa— del gobierno y del poder judicial. También

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

se han dejado de lado discusiones sobre la eficacia real de los mecanismos jurídicos y de otras posibles alternativas. Esta desconexión debería abandonarse para intentar aproximarnos a los problemas concretos que se presentan cuando buscamos una protección eficiente, “real” y no meramente simbólica —o peor aún ideológica— de los derechos. Debemos rechazar y oponernos a visiones reduccionistas y formalistas que con ingenuidad —o malicia— ven en los mecanismos jurídicos la única clave para la protección efectiva de los derechos sociales. Hemos sostenido que la justiciabilidad constitucional es tan solo un mecanismo más que puede ser de utilidad si se conecta de manera adecuada en un contexto de agencias, instituciones y políticas sociales más amplio. Por desgracia, suele ser también un obstáculo más cuando está mal diseñado o su funcionamiento se convierte en un subterfugio donde de cuando en cuando alguien triunfa, mientras la mayoría pierde y donde, bajo el mismo diseño institucional, no hay esperanzas de que haya verdaderos cambios que aproximen a mejores niveles de justicia social.

No se me escapa que en procesos de transición política democrática como los que muchos países en desarrollo atraviesan, los triunfos jurídicos, aunque sean simbólicos, son importantes, pues en esos procesos los triunfos simbólicos juegan un rol de denuncia de la injusticia y un rol pedagógico. Los teóricos del derecho y los constitucionalistas muchas veces no podemos vernos al margen de este tipo de procesos y podemos celebrar los éxitos aislados, pero tenemos la responsabilidad de no simplificar los problemas al grado de luego convertirnos y fomentar el mero uso ideológico de este tipo de soluciones. La garantía de los derechos sociales pasa por procesos de justicia social más amplios y complejos que nos deben hacer más críticos y buscar otro tipo de respuestas legales para incidir en cambios estructurales.