

BALANCE Y PERSPECTIVAS DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN LATINOAMÉRICA*

Marcelo FIGUEIREDO*

*All human rights are universal, indivisible
and interdependent and interrelated*
Declaración de Viena

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Problemas para alcanzar el constitucionalismo social.* III. *Los derechos sociales como elementos fundamentales del Estado social.* IV. *¿El mínimo social para una existencia digna?* V. *Algunos aspectos acerca del rol de las cortes para hacer justiciables los derechos económicos, sociales y culturales.* VI. *Retos y perspectivas del constitucionalismo que afectan al constitucionalismo social de hoy (la contribución de Diego Valadés).*

I. INTRODUCCIÓN

El título de esta mesa propone fijar algunas bases o premisas teóricas; qué se entiende por “constitucionalismo social”, cuáles son sus principales elementos. Antes de nada es preciso decir que no es fácil fijar estas premisas teóricas, dada la multiplicidad de elementos que concurren para la definición del núcleo duro del llamado “constitucionalismo”, sobre todo “social”, sin caer en lugares comunes.

Tras examinar algunas obras acerca del tema desde la clásica de Carlos Sánchez Viamonte,¹ “Bases esenciales del constitucionalismo Latinoameri-

* Agradezco al Comité Organizador del Congreso Internacional “El constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina”, en particular a Jorge Carpizo, Héctor Fix-Fierro y a César Astudillo, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

** Abogado, profesor y consultor en los sectores público y privados de su país. Es el presidente de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas y miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional.

¹ Sánchez Viamonte, Carlos, *Bases esenciales del constitucionalismo Latinoamericano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot-Asociación Argentina de Derecho Comparado-Universidad Nacional de Buenos Aires, 1950.

cano”, hasta trabajos más contemporáneos como el de Amartya Sen, llego desde luego a la conclusión parcial de que “el principal problema de Latinoamérica, y por lo tanto de su constitucionalismo, reside en la ‘democracia’, o en la necesidad de su consolidación”.

Aunque mi tema no se refiere a “la democracia”, la conexión entre los dos temas es inevitable o, si se prefiere, inseparable. Al final, cuando hablamos de “constitucionalismo social”, ¿qué es lo que pretendemos connotar?

Parto del concepto de Estado de derecho, que me parece más amplio y actual que el de “constitucionalismo”, que para mí representa un determinado periodo histórico más de la evolución del Estado, marcado por conquistas importantes como la propia Constitución escrita y sus garantías fundamentales.

Acompaño de esta manera la lección de Vanossi² cuando afirma que la expresión del “Estado de derecho” ha tenido que compartir espacio con otras figuras que por razones históricas o en el marco de ciertos condicionamientos políticos reclamaron igual legitimidad o pretendieron una primacía en cuanto a su precisión y valor. Del cúmulo de términos acuñados merecen destacarse por su importancia los conocidos como *rule of law*, en el ámbito anglosajón y el “Estado constitucional” en parte de la doctrina continental europea. Si aceptamos hoy que el concepto valioso y positivo de “Estado de derecho” no puede ser otro que el concepto material, o sea, el que apunta a determinados contenidos que se constituyen en exigencias insoslayables para la determinación de los regímenes políticos-constitucionales, entonces, cabe concluir sin vacilación que toda la idea del “Estado de derecho” queda encerrada en la realidad de un “Estado constitucional”.

Por este, a su vez, debemos entender el propio de los regímenes democráticos y pluralistas, en abierta oposición a las múltiples formas democráticas, y que van desde el autoritarismo hasta el totalitarismo. Por ende, el “Estado de derecho” es el “Estado constitucional”, que no es otra cosa que el tipo de Estado basado en la democracia y en el pluralismo, que supone soberanía popular, creación del derecho por intervención o representación de los gobernados, predominio del consenso sobre la coerción de la gestión de las decisiones políticas fundamentales, separación y distribución de poderes, limitación y control del poder, independencia del controlante respecto del controlado, libertades individuales y derechos sociales (que veremos más adelante), pluralismo de partidos (ideas) y de grupos (intereses), posibilidad permanente de alternancia en el acceso al poder, responsabilidad de los gobernantes, régimen de garantías y relativización de los dogmas oficiales.

² Vanossi, Jorge Reinaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.

Un tipo de Estado así no agota la idea del “Estado de derecho”, pero sienta las bases necesarias para el despliegue y desenvolvimiento de todos los mecanismos conducentes a la expansión o dilatación de los recaudos protectores del valor supremo, que es la libertad y en el constitucionalismo social, también la igualdad.

Podemos aún recordar a García Pelayo,³ para quien la idea de Estado social nutre y complementa a la del Estado liberal. En última instancia, trataba de proteger a la sociedad del Estado, mientras que aquí (Estado social)⁴ se trata de realizar dicha acción en la forma de prestaciones sociales, dirección económica y distribución del producto nacional.

Recuerdo todavía que parece lugar común afirmar que el Estado social (y también el constitucionalismo social) está en crisis.

Keynes, en el siglo XIX, afirmaba que los vicios que considera más acentuados en las economías capitalistas son la posibilidad de la existencia de desempleo involuntario y el hecho de que el reparto de la riqueza y de la renta es arbitrario y carece de equidad.

Estos son grandes retos actuales para Latinoamérica, el combate inteligente de desempleo involuntario y el reparto más justo de la riqueza y de la renta. Sin duda esos son algunos de los retos del constitucionalismo social actualmente.

Podemos todavía recordar en perspectiva histórica a las Constituciones sociales de México (1917), la Constitución de Weimar de 1919, la Constitución Austríaca, la Constitución de Checoslovaquia y la Constitución Española de 1931, y todos los movimientos que lograron construir el Estado de bienestar social tan conocido en el periodo de la “cuestión social” en la Europa y en Estados Unidos de América con la era Roosevelt y el *New Deal*.

En resumen, basta afirmar que El Estado social,⁵ y también su constitucionalismo, pretende ofrecer a todos los ciudadanos las mismas oportuni-

³ García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Alianza, 1985.

⁴ Para Miguel Carbonell, “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008, pp. 43-71. “El surgimiento del Estado social se da en un contexto histórico en el que están presentes las siguientes tres condiciones: 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”.

⁵ En Brasil, consultar Bonavides, Paulo, *Do Estado liberal ao Estado Social*, 8a. ed., Brasil, Editora Malheiros, 2007. El autor afirma: “O Estado social da democracia, distingue-se, em

des en el proceso económico, asumiendo los poderes públicos la responsabilidad de proporcionar la generalidad de las prestaciones y servicios sociales necesarios para garantizar una existencia digna o, en su caso, ciertos grupos sociales definidos según criterios objetivos.

Esto quiere decir que el elemento social, al menos a la luz de los valores expresados en el derecho constitucional latinoamericano, se traduce en la adquisición progresiva de la igualdad de condiciones de vida básicas, o sea, de la realización, para todo el pueblo (o para la mayor parte posible de él), de los derechos humanos de índole económica, social y cultural, como el derecho al trabajo; el derecho a la educación, en todos los niveles; el derecho a la seguridad social (salud, previsión y asistencia social); el derecho a la habitación (vivienda), y, por fin, el derecho de goce de los bienes culturales.

II. PROBLEMAS PARA ALCANZAR EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Creo que, más o menos, todos conocemos bien la mayoría de nuestros problemas. Me voy a concentrar en algunos aspectos problemáticos latinoamericanos que obstaculizan el progresivo alcance del constitucionalismo social. Hago referencia especialmente a algunos de los elementos relativos *al contenido material de la democracia* que parecen difíciles de alcanzar.

Parto de lecciones de Amartya Sen⁶ y Jorge Carpizo,⁷ estos autores afirman:

- 1) Cada día existe mayor consenso en que la democracia implica necesariamente calidad de vida. Esto es lo que se denomina democracia social, justicia social o Estado de bienestar;

suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade. A Constituição francesa de 1946, tão prolixa na discriminação dos direitos sociais e tão sóbria respeitante aos direitos fundamentais e tradicionais, como direitos perante o Estado, juntamente com a Constituição de Bonn, que fundou, sem rodeios, um *Estado social*, denotam a irrefragável preponderância da idéia social no constitucionalismo contemporâneo, mas nem por isso enfraquecem as esperanças de que esse princípio generoso e humano de justiça não se possa compadecer com a tese não menos nobre e verídica da independência da personalidade. Vencidos os escolhos que apontamos, o Estado social da democracia realizará esse equilíbrio”.

⁶ Sen, Amartya, *El valor de la democracia*, trad. de Javier Lomelí Ponce, España, Editora El Viejo Topo, 2006.

⁷ Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales del constitucionalismo Latinoamericano”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, UNAM, AECID, IIDC, pp. 1-31.

- 2) La democracia social impulsa una forma de desarrollo humano; este, de acuerdo con los informes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), es “el aumento de las opciones para que las personas puedan mejorar su vida”. Amartya Sen afirma que el desarrollo humano es el proceso de expansión de las libertades reales de las cuales goza un pueblo.

Creo que lo anterior representa el punto fundamental. La democracia de América Latina, en la mayoría de los países, no está consolidada. La democracia y el Estado de derecho (y claro el constitucionalismo social) son realidades que deben estar presentes y en constante perfeccionamiento en América Latina.

Indagado por un importante periódico, en el verano de 1997, acerca de lo que —a su juicio— sería el mayor desafío o mayor acontecimiento relevante del siglo XX, Amartya Sen⁸ respondió así a la pregunta:

Encontré en esta rara pregunta una cierta provocación, dado el gran número de importantes acontecimientos que han tenido lugar a lo largo de los últimos cien años. Los imperios europeos, concretamente el francés y el británico, vieron cómo su dominio, que abarcó todo el siglo XIX, llegaba a su fin. Fuimos testigos de dos grandes guerras mundiales. Presenciamos el ascenso y la caída del fascismo y del nazismo. A lo largo del siglo pudimos observar el ascenso del comunismo, así como su derrumbamiento con el fin del bloque soviético, o su radical transformación en China. También presenciamos un cambio con relación al dominio económico de Occidente, con un nuevo reparto dentro del cual Japón y algunos países de la zona del este y sudeste asiático juegan ahora un papel más destacado; y aun cuando por el momento esta zona atraviesa algunas dificultades económicas y financieras, esto no alterará el cambio que se ha generado en las últimas décadas en el equilibrio actual de la economía mundial (que para el caso de Japón se extiende a lo largo de casi todo el siglo). Así, los últimos cien años no carecen de hechos relevantes. No obstante, entre la gran variedad de acontecimientos ocurridos durante el siglo XX, no encuentro dificultad alguna para elegir uno como fundamental: el ascenso de la democracia. Esto no implica que otros acontecimientos sean menos importantes, pero creo que en el futuro, cuando se vuelva la vista atrás buscando entender qué paso a lo largo de este siglo, no habrá dudas en aceptar la primacía de la emergencia de la democracia, que ha constituido, de manera muy notable, la única forma aceptable de gobierno.

De hecho, la finalidad de la democracia en Latinoamérica debe ser alcanzar mayores niveles de bienestar para grandes sectores de la población,

⁸ Sen, Amartya, *El valor...*, cit., p. 56.

pero también implica, entre otros aspectos: respeto a movimientos sociales, a demandas económicas y democráticas de los trabajadores industriales y agrarios en sus sindicatos, la producción y distribución de bienes de consumo popular, educación superior pública con excelencia académica, lucha contra la impunidad y la corrupción (Carpizo).

Así, considero que este punto ha sido suficientemente aclarado; pero hay, además, otro punto conexo con aquel. ¿Cuáles son los elementos imprescindibles para caracterizar el llamado Estado social o constitucionalismo social?; en otras palabras ¿es posible saber cuáles son los componentes de este llamado Estado social o de esta democracia sustancial para poder luchar por ellos de forma constante?

Respondo esta cuestión en dos partes. Aunque no es posible confundir el Estado social con los derechos sociales, lo cierto es que estos últimos son elementos importantes del primero. Veamos pues cuáles serían estos derechos sociales genéricamente considerados y después sus problemas de aplicación en Latinoamérica.

III. LOS DERECHOS SOCIALES COMO ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO SOCIAL

Uno de los problemas actuales de los “derechos sociales”, o de los “derechos o prestaciones en sentido estricto”, está en tomarse en serio (Canotilho) su reconocimiento y aplicación constitucional.

El reconocimiento constitucional de derechos (para tomar el ejemplo de Brasil) como el derecho a la morada, el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la cultura, el derecho al medio ambiente sano, no significa su goce por su destinatarios.

Los derechos sociales son, en muchas Constituciones, derechos fundamentales “sociales”, deberes objetivos, dirigidos al legislador y al Poder Ejecutivo, con la intención de crear presupuestos reales de ejercicio de esas libertades. Es decir, no basta la enunciación normativa de estos derechos y su clasificación como derechos fundamentales (como acredita buena parte de la doctrina) es preciso ir más allá. Es preciso que el Estado, por medio de sus diferentes órganos y agentes, se comprometa a garantizar su ejercicio, sea en razón de las normas constitucionales sea en razón de los compromisos y normas internacionales. Es preciso que haya un orden social en el que impere una justa distribución de los bienes, la cual solo podrá ser concretado de modo progresivo. No ignoro las carencias y dificultades presupuestales en el marco de pocos recursos financieros a ser distribuidos en numerosas

prioridades y políticas públicas sociales de la más diversa índole. Pero no es este el foco de atención de nuestro artículo.

No cabe duda que los derechos sociales están sujetos a límites económicos y políticos, como bien recuerda Luis Roberto Barroso:⁹

Los límites económicos derivan del hecho de que ciertas prestaciones se han de situar dentro de la reserva de lo posible, de las disponibilidades del erario. Atención para esta delicada cuestión: la ausencia de prestación será siempre inconstitucional y sancionable; pero determinar si ella es plenamente satisfactoria es muchas veces ardua tarea, e imposible en otras tantas. Existen igualmente fronteras políticas. Basta tomar como ejemplo la mejor medida de carácter médico preventivo, entre las diversas existentes, para contener una epidemia. Salvo los casos extremos de inercia o manifiesta inadecuación de las medidas tomadas, ésta será una decisión que resbala en la discrecionalidad de los poderes políticos y, por ello, no susceptible de vigilancia por la vía jurisdiccional.

Así que me parece que el goce, el disfrute efectivo de los derechos sociales representa una gran conquista para las capas más sufridas de la población latinoamericana. Ciertamente, el derecho a la morada, a la salud, a la educación, a la previsión social, a la asistencia social son derechos elementales, básicos para que el ser humano se pueda desarrollar y alcanzar niveles mínimos para lograr la ansiada dignidad. Así, entiendo que el Estado social y la democracia, con participación política concreta, con discusión pública, con una prensa libre e investigadora, con separación efectiva de poderes, verdaderamente contribuye a que el constitucionalismo social pueda dejar de ser un ideal y se convierta en una realidad en nuestra región.

Surge entonces una indagación: ¿será que los derechos sociales, verdadero corazón del Estado social, son exigibles del Estado directamente en cualquier circunstancia?

IV. ¿EL MÍNIMO SOCIAL PARA UNA EXISTENCIA DIGNA?

En este terreno tenemos muchos problemas. Hay autores, como Andreas J. Krell,¹⁰ quienes en la teoría del Estado social señalan que el poder público tiene el deber de transponer las libertades de la Constitución hacia

⁹ Barroso, Luis Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 109.

¹⁰ J. Krell, Andreas, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editores, pp. 59 y ss.

la realidad constitucional. En la vida moderna, regida por la tecnología y la industria, la prestación de servicios públicos se vuelve cada vez más importante en el ejercicio de los derechos sociales (escuelas, hospitales, eventos culturales, comunicaciones, suministro de energía, agua, transportes).

Donde el Estado crea estas ofertas para la colectividad debe asegurar la posibilidad de que el ciudadano participe. Y en caso de que la normativa no conceda un derecho expreso al individuo de recibir una prestación vital, el ciudadano puede recurrir al derecho fundamental de igualdad, en conexión con el principio del Estado social. Siguiendo esta línea, el Tribunal Constitucional Alemán condenó al Estado a verificar la posibilidad de aumentar las vacantes en las universidades en determinados cursos, como consecuencia del derecho a la libre elección de la profesión.

Afirma Krell que hay pocos constitucionalistas alemanes de renombre que afirman la existencia de un derecho fundamental individual que conceda prestaciones positivas, e igualmente la interferencia activa en políticas públicas por parte del juez, alegando que este sería el papel de los poderes Legislativo y Ejecutivo, pero no del Poder Judicial que no estaría democráticamente legitimado y técnicamente capacitado para tomar este tipo de decisión.

Al mismo tiempo, casi todos los autores —hasta los más conservadores— aceptan y defienden que el Estado social debe intervenir para garantizar la existencia física de la persona, el “mínimo social”. Para Maihofer (véase a Krell) no hay duda de que la dignidad humana y los derechos humanos de libertad e igualdad exigen una acción del Estado que garantice estos valores más allá de las garantías formales de la ley, a través de las “oportunidades reales existentes en la sociedad”. Según él, surge la pregunta de si “esta acción no conllevaría también la obligación del Estado de conformar, y si fuera necesario, reformar la estructura real de la sociedad”.

El Tribunal Constitucional alemán extrajo el derecho a un “mínimo de existencia” del principio de la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Ley fundamental) y del derecho a la vida y a la integridad física, mediante una interpretación sistemática vinculada al principio del Estado social (artículo 20.I de la Ley fundamental). Así, la Corte dispuso un aumento expresivo del valor de “ayuda social” (Sozialhilfe), valor mínimo de que el Estado está obligado a pagar a los ciudadanos que se encuentran en carestía. En esta línea, su jurisprudencia acepta la existencia de un verdadero derecho fundamental a un “mínimo vital”.

Para Alexy existe por lo menos un derecho social fundamental tácito. Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que este “*status* mínimo indispensable” no podría ser desarrollado por el Poder Judicial

como un “sistema de solución acabado”, sino que debe ponderarse a la luz de una “casuística gradual y cautelosa”.

La teoría del “mínimo existencial”, que tiene la función de atribuir al individuo un derecho subjetivo contra el poder público en casos de disminución de la prestación de los servicios sociales que garantizan su existencia digna, hasta hoy ha sido poco discutida en la doctrina constitucional brasileña (y creo que también en la latinoamericana), y todavía no ha sido adoptada con sus consecuencias en la jurisprudencia del país.

En una de las pocas obras sobre el tema en Brasil, Ingo Sarlet¹¹ muestra que el principio de la dignidad de la persona humana de la carta brasileña se debe utilizar para asegurar las condiciones existenciales mínimas de la población a una vida saludable, y sugiere como directriz mínima los estándares establecidos por la OMS.

También en Bélgica, la noción de dignidad humana ya no se entiende “como respeto que sería debido por una persona a una institución, sino como aquel que, dentro de una preocupación humanista, debe ser concedido —tanto por las instituciones como por los particulares— a una persona humana; sobre la base del principio de la dignidad humana y el derecho fundamental a la vida, el individuo puede requerir un mínimo de medios de subsistencia”.

De cualquier manera, el mencionado “*status* mínimo social” para la supervivencia incluirá siempre una atención básica y eficiente de salud, el acceso a una alimentación básica y al vestido, la educación primaria y la garantía de morada; el contenido concreto de ese mínimo, sin embargo, habrá de variar de país a país. La idea del mínimo social se manifiesta también en los diferentes proyectos de ley, como un “ingreso mínimo necesario de inserción en la sociedad”. Pero es necesario reconocer la existencia de innumerables problemas que envuelven la aplicabilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en todas partes, y no solo en América Latina.

Así, afirmamos que no es posible simplemente procurar adoptar, *sic et simpliciter*, la doctrina alemana en nuestro contexto, sin procurar verificar nuestra realidad y nuestros problemas, ya que nuestra realidad socio-cultural y económica es muy diversa. Así la solución adoptada en Europa no será necesariamente la misma en Latinoamérica.

Por otro lado, es de imaginar que existen obligaciones estatales envolviendo esta temática, como veremos en seguida.

¹¹ Sarlet, Ingo, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 6a. ed., Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2008.

V. ALGUNOS ASPECTOS ACERCA DEL ROL
DE LAS CORTES PARA HACER JUSTICIABLES LOS DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Parece existir la tendencia de considerar los derechos económicos, sociales y culturales como derechos menos exigibles que los derechos civiles y políticos. Es claro que esta postura acarrea inúmeras consecuencias jurídicas y políticas. Este debate es inmenso y no nos vamos a detener en él. Basta decir que esta postura está desfasada.¹²

No es conveniente olvidar que en la Conferencia Mundial de Derechos humanos de Viena (1993), convocada por las Naciones Unidas, se aprobó la Declaración y el Programa de Acción de Viena, que entre su disposiciones se estableció:

Todos los derechos humanos 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 los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los estados tienen el deber, sea cuales fuesen sus sistemas políticos económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sostienen en sus preámbulos que:

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

Debemos reconocer que es imposible la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, recordamos el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos. En el preámbulo de este protocolo, los Estados consideran:

La estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra

¹² García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, vol. IV, México, UNAM, 2008.

su base en el reconocimiento de la dignidad humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de los otros.

María Eugenia Montero¹³ relata las estrategias para la judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), como aspectos de derechos civiles indiscutiblemente judiciales. Resalta la autora que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado en los últimos años el llamado aspecto social de los derechos civiles, ahondando en el contenido del derecho a la vida y también del derecho a la integridad personal, en clave de indivisibilidad. Dicho tribunal regional ha pormenorizado el alcance de los derechos civiles desde la perspectiva de su componente social ampliando el horizonte de judicialidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Así, el derecho a un nivel de vida adecuado (que funciona como principio rector y está integrado —en nuestra opinión (y la de Montero)— por los derechos a la alimentación, a la salud, a la vivienda, a la educación, etcétera) ha sido interpretado como elemento inherente al ejercicio del derecho a una vida digna.¹⁴ A ese respecto remitimos al lector al trabajo de Rodolfo

¹³ Montero, María Eugenia, “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos vulnerables en el sistema interamericano”, *La judicialización de los derechos humanos*, Lima, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Ediciones Legales, 2008, pp. 225 y ss.

¹⁴ Montero afirma: “Así lo dijo la Corte Interamericana en ‘Villagrán Morales y otros’ (caso de los niños de la calle), en noviembre de 1999. En aquella ocasión la Corte interpretó magistralmente el contenido del derecho a la vida, ampliando el horizonte tradicional en la materia y afirmando el principio de indivisibilidad de los derechos: “En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”.

En sentido similar y profundizando el desarrollo jurisprudencial, el Tribunal Interamericano falló en el caso “Instituto de reeducación del menor vs. Paraguay”, el 2 de septiembre de 2004: Expresó claramente en términos de indivisibilidad e interdependencia de derechos: “En el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños”, *cf.* Montero, *op. cit.*, p. 236.

Figueroa García-Huidobro,¹⁵ de donde extraemos algunas conclusiones sobre este tema.

Nos gustaría, sin embargo, destacar el esquema de Eide,¹⁶ para quien todo derecho comprende tres niveles de obligaciones. La realización completa de cualquier derecho involucra la ejecución de múltiples tipos de deberes, lo que lleva a distinguir tres niveles de obligaciones: a) obligaciones para evitar privar un derecho; b) obligaciones para proteger de la privación, y c) obligaciones de auxilio al privado de su derecho. Todo derecho posee estos tres niveles. El deber de evitar la privación es negativo, requiere mera abstención, en tanto los deberes de proteger y de auxiliar son positivos y requieren intervención de parte del Estado.

Tenemos en primer lugar la obligación primaria de respetar:

1. Requiere del Estado y de todos sus órganos y agentes que se abstengan de hacer algo que viole la integridad del individuo o infrinja su libertad de usar los recursos materiales disponibles para él en la forma en que considere mejor para satisfacer sus necesidades básicas.
2. Obligación secundaria de proteger: requiere del Estado y sus agentes las medidas necesarias para prevenir que otros individuos o grupos violen la integridad, libertad de acción u otros derechos humanos del individuo, incluyendo impedir el disfrute de sus recursos materiales.
3. Obligación terciaria de satisfacer: requiere del Estado adoptar todas las medidas necesarias para asegurar a cada persona, dentro de su jurisdicción, las oportunidades de obtener satisfacción de sus necesidades, reconocidas en los instrumentos de derechos humanos, que no puedan ser aseguradas mediante esfuerzos personales.

Parece claro que si nos interesa que los derechos sociales, económicos y culturales sean satisfechos en su globalidad, entonces es necesario satisfacerlos en los tres niveles. Este esquema de obligaciones múltiples ha sido aceptado, desde hace mucho tiempo, no solo por doctrina comparada, sino por jurisprudencia internacional.

La obligación de proteger, como relata Miguel Carbonell,¹⁷ 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

¹⁵ García-Huidobro, Rodolfo, “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 36, núm. 2, pp. 313-342.

¹⁶ Eide, Absjorn y Rosas, Allan (1995), “Economic, Social and Cultural Rights: a Challenge”, *Textbook*, Dordrecht 1, Martinus Nijhoff, pp. 15-40.

¹⁷ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 61.

reactivos frente a las violaciones (como lo podría ser la creación de 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.

Las obligaciones de los poderes públicos en materia de derechos sociales han sido detalladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su observación general número 3, referida justamente a la índole de las obligaciones de los Estados, que se dictó en su quinto período de sesiones, en el año de 1990. Observa Carbonell que el artículo 2.1 del pacto contiene tres expresiones de máximo interés: a) todo Estado parte “se compromete a tomar medidas... por todos los medios apropiados”; b) hasta el máximo de los recursos de que disponga; c) para lograr progresivamente.

De hecho, el Comité de Naciones Unidas sobre los DESC adoptó este esquema, declarando que la protección de dichos derechos es aplicable a todo derecho humano. Las directrices de Maastricht también recogen este esquema en la número 6.¹⁸

También Figueroa recuerda que las obligaciones pueden ser de conducta definidas como un comportamiento que el sujeto debe ejecutar o abstenerse de ello. En contraste, las obligaciones de resultado se encuentran menos vinculadas a la elección de una línea de acción y más con los resultados de ella. Las obligaciones de resultado —que reconocen el principio de poder elegir los medios— son más frecuentes cuando los Estados son llamados a promover o crear ciertas situaciones o estado de cosas dentro de su sistema jurídico.

Beetham y Eide (véase a Figueroa) consideran que esta distinción es relevante para abordar las probabilidades de hacer exigible el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Las obligaciones asumidas por los Estados bajo el PIDESC parecen ser obligaciones de resultado más que de conducta, más de fines que de medios. Esto no implica que no existan obligaciones de conducta en el tratado, algo que explícitamente está reconocido por las directrices de Maastricht, número 7.

¹⁸ Maastricht Guidelines núm. 6. “Like civil and political rights, economic, social and cultural rights impose three different types of obligations on States: the obligations to respect, protect and fulfil. Failure to perform any one of these three obligations constitutes a violation of such rights. The obligation to respect requires States to refrain from interfering with the enjoyment of economic, social and cultural rights. Thus, the right to housing is violated if the State engages in arbitrary forced evictions. The obligation to protect requires States to prevent violations of such rights by third parties. Thus, the failure to ensure that private employers comply with basic labour standards may amount to a violation of the right to work or the right to just and favourable conditions of work. The obligation to fulfil requires States to take appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial and other measures towards the full realization of such rights. Thus, the failure of States to provide essential primary health care to those in need may amount to a violation”.

Lo que es importante es que si el PIDEAC está relacionado más con obligaciones de resultado que de conducta, entonces sí pueden ser justiciables tales obligaciones porque los resultados son susceptibles de alguna forma de control y, por ello, de alguna forma de justiciabilidad. Esta conclusión es relevante porque la distinción positivo-negativa tiene el propósito de bloquear la posibilidad de hacer justiciables los DESC.

Finalmente, es preciso considerar que no todos los deberes involucrados en los DESC, tal como han sido reconocidos por el PIDESC, son deberes progresivos; algunos de ellos son efectivos de inmediato, tal como los ha reconocido el comentario general número 3, del Comité DESC del PIDESC, en la sección 1, y el principio de Limburgo número 8.

La razón de las prescripciones de PIDESC es que no existen restricciones presupuestarias ni consideraciones basadas en la escasez de recursos que impidan al Estado diseñar y comenzar a implementar planes con el propósito de asumir el cumplimiento de su deber de proporcionar una implementación progresiva de los DESC según sus propias capacidades financieras y de gestión. Salvo casos rarísimos, debería ser difícil para un Estado alegar que se encuentra total y completamente impedido para satisfacer un DESC en ningún nivel posible (Figueroa).

Violaciones y deterioro de los DESC no ocurren solamente en lugares donde existe pobreza. Además, los DESC pertenecen a todas las personas, pobres, de clase media y ricos, y las obligaciones de los tratados de respetarlas, protegerlas y satisfacerlas son transversales. En consecuencia, el cumplimiento del tratado puede ser supervisado independientemente del nivel de riqueza o pobreza de la sociedad de que se trate (Figueroa).

Los países pobres no tienen una obligación menor respecto del PIDESC que los países ricos, pues la obligación de implementar esos derechos progresivamente está condicionada obviamente por los recursos económicos disponibles en cada Estado. Ciertamente la implementación máxima es obligatoria, pero ese máximo es diferente para diversos Estados. Esto ha sido reconocido tanto por los principios de Limburgo como por las directrices de Maastricht (Figueroa).

VI. RETOS Y PERSPECTIVAS DEL CONSTITUCIONALISMO QUE AFECTAN AL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL DE HOY (LA CONTRIBUCIÓN DE DIEGO VALADÉS)

Finalmente, quisiera destacar algunos problemas del Estado social (que se reflejan en la noción de constitucionalismo social), o mejor dicho, examinar algunas presiones que han surgido contra el Estado social y sus posibles

y eventuales soluciones. En este sentido, confieso que quien ha llamado mi atención sobre la importancia del tema fue Diego Valadés.¹⁹

En su texto, Valadés, con mucha perspicacia analiza los problemas que afectan la legitimidad del Estado y su capacidad de respuesta. Intentaremos ahora reproducir extractos de su pensamiento.

El constitucionalista afirma que una respuesta puede estar en una nueva estrategia cultural del Estado, que contemple que uno de los factores que contribuye a la concentración del poder y de la riqueza, en las sociedades contemporáneas, es el “acaparamiento” del conocimiento, con sus considerables repercusiones políticas y económicas. La tesis del profesor se centra en que el Estado social intentó disminuir los efectos de la concentración de la riqueza, aunque en contrapartida acentuó la concentración del poder. En su opinión, las grandes burocracias, resultantes de las responsabilidades prestacionales del Estado social, generaron un amplio haz de efectos colaterales: corrupción, clientelismo, abuso en ejercicio de poder, distorsión de los sistemas electorales, manipulación mediática, etcétera. En el orden productivo, los efectos negativos (inhibición de la empresa privada, alteración de las leyes del mercado, regulación excesiva, entre otros) también fueron reiteradamente enfatizados.

A partir de 1989, las presiones contra el Estado social se multiplicaron. El autor sostiene que el desmantelamiento del Estado no se planteó como una acción dirigida solo contra el tipo de Estado que había asumido compromisos de naturaleza social, se hizo tabla rasa y se propuso la compresión del aparato normativo, administrativo y económico del Estado. Al contrarrestar así la concentración del poder en el Estado, se produjo una transferencia que abrió un nuevo y amplio espacio a los poderes fácticos.

Los “fragmentos de poder” han sido atraídos por entes no regulados por el derecho público y, por consiguiente, ajenos a los controles políticos y jurídicos, cuyo ejercicio contribuye a garantizar las libertades públicas y privadas. Se ha venido generando una especie de Estado intangible, disperso, inasible, compuesto por entes privados que ejercen funciones de poder político, que no pueden ser confundidos con los conocidos grupos de interés y presión caracterizados por la ciencia política.

Formalmente el poder sigue residiendo en el Estado, aunque materialmente tiende a ser atraído por entes privados en un esquema que hace coincidir una alta concentración de riqueza y de poder político. Por primera

¹⁹ Valadés, Diego, “Consideraciones sobre el Estado constitucional, la ciencia y la concentración de la riqueza”, en Grau, Eros y Sérvulo da Cunha, Sérgio (coords.), *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pp. 695-717.

vez, sin embargo, desde que la Constitución se convirtió en el estatuto del poder está dejando de corresponder a la realidad estatal, porque ahora el centro de incidencia está representado por las corporaciones.

Aunque siempre han existido tensiones y contrastes entre la realidad normada y la norma, en la vida actual del Estado ha aparecido un orden normativo sui generis dictado por los intereses corporativos. Los tratados de comercio tradicionales se adoptaban entre los Estados en nombre de sus propios intereses políticos, de ahí que incluso solían incluir la voz “amistad”. En cambio, los nuevos tratados de comercio tienen como propósito abrir espacios a las grandes corporaciones internacionales y obedecen a una nueva mecánica contractual, privilegiándose su estructura multilateral y auspiciando, con esto, la adopción de cláusulas muy rígidas.

Estos tratados corresponden a una visión orbital de la división de trabajo que, esquemáticamente, corresponde a dos grandes rubros: por un lado el saber, y por otro el hacer. La mayor concentración del saber va acompañada de la concomitante concentración de riqueza. Los tratados comerciales así concebidos se han convertido también en una forma de estatuto del poder. Las Constituciones rigen las exterioridades del poder, y los tratados propenden a regular los procesos interiores reales. La administración de los tratados comerciales es una fuente de poder, y el derecho de los tratados de comercio tiende a convertirse en un verdadero derecho de poder. Estos nuevos instrumentos de regulación del poder, los tratados de comercio, están fuera del alcance de los ciudadanos. A los ciudadanos se les ha dejado que sigan operando con una Constitución que solo regula una parte del proceso real del poder.

El sistema representativo y el sistema democrático ofrecieron instrumentos de garantía, aunque no siempre hayan sido todo lo eficaces que se esperaba. Aun así, el individuo y la sociedad se sentían vinculados con el quehacer del Estado, aunque una parte de sus decisiones les fueran desfavorables. Pero la relación ha ido cambiando; ante el poder llamado “global”, los tradicionales medios de defensa de la sociedad se han ido opacando. La política de empleo, de salario, de crédito y de desarrollo quedan fuera de su control; sus representantes resultan ajenos al ejercicio del poder real en esos rubros cruciales.

Desde un punto de vista formal, el Estado sigue siendo el titular del monopolio jurídico de la coacción; pero, desde la perspectiva fáctica, el Estado ha perdido parte de su autonomía decisoria. No cabe pues, una aseveración tajante en el sentido de que el Estado ha terminado.

El poder político no se crea ni se destruye, solo se transforma. En este caso, el Estado constitucional, regulado y controlable, puede dejar su lugar,

así sea parcialmente, a un Estado intangible, ajeno a la Constitución y por ende no controlado. Por ello, el problema que afrontaremos en el futuro no es la dilución del Estado, sino cuál será el tipo de Estado que surja de la actual crisis. Conforme con los modelos conocidos, las opciones se sitúan entre el Estado constitucional y el Estado totalitario. La imposición de una ideología puede darse de muchas maneras, máxime con los árbitros de comunicación de que se dispone.

Uno de esos fenómenos es la pobreza, acompañado de un ostensible aumento de la concentración de la riqueza.²⁰ En el siglo XXI la pobreza amenaza de una manera aún más contundente, pues está afectando la estructura del poder de los países más poderosos. Los efectos de la pobreza trascienden las fronteras nacionales donde se padece y se proyectan, incluso sobre las sociedades opulentas. Las presiones migratorias que resienten Europa y Estados Unidos son consecuencia directa de la pobreza que sufren Asia, África y América Latina. La pobreza se ha puesto en marcha, atraída por los espacios de mayor concentración de riqueza.

Esta migración, desordenada e indeseable para los países receptores, está convirtiéndose en un factor más que presiona la estructura del Estado y que lo empuja hacia versiones de rigidez autoritaria. Obsérvese, en este sentido, la actitud xenofóbica que algunos partidos alimentan en Alemania, Austria, Francia, Italia y Portugal, por ejemplo. El vuelco conservador de muchos electores está vinculado con ese sentimiento de rechazo al emigrante, y se traduce en sufragios para la derecha.

La tesis de Valadés consiste en que la concentración del poder político y de la riqueza resultan posibles por la concentración del conocimiento; este autor afirma:

²⁰ En Brasil véase el análisis de Rosa María Marques y Áquilas Mendes: “...Concluiuse que não há impedimento entre o desenvolvimento da política econômica do governo Lula, voltado para o grande capital, em particular o financeiro, e a realização de programas direcionados às parcelas mais pobres da população, tal como o Bolsa Família. O programa de transferência de renda desenvolvido pelo governo Lula de fato alterou as condições de existência das famílias beneficiadas, retirando-as da pobreza absoluta. Contudo, ao não estar associado a mudanças estruturais, pois os determinantes da pobreza não foram alterados, não impede que novos contingentes nessa situação surjam e nem que essas famílias possam, no médio e longo prazo, viverem sem esses recursos. Apesar de o Bolsa Família não constituir um direito, sendo um benefício decorrente de um programa governamental, a rigor não pode ser comparado com as tradicionais políticas assistencialistas, voltadas aos segmentos excluídos ‘minoritários’ que, no falar da literatura, estavam à margem da dinâmica da sociedade. Um novo conceito precisa ser elaborado para a realidade brasileira, pois quase 50 milhões de brasileiros não podem ser considerados uma ‘minoría’ e nem é possível se defender que estejam à margem da acumulação capitalista brasileira”. “Servindo a dois senhores: as políticas sociais no governo Lula”, *Revista Katál*, Florianópolis, vol. 10, núm. I, 2007, pp. 15-23.

El Banco Mundial estima que aproximadamente la mitad del producto interno de algunos países altamente desarrollados procede de la generación de nuevos conocimientos. Los países receptores de tecnología importada son auténticos tributarios que contribuyen a la concentración de la riqueza de quienes disponen de los recursos para impulsar el desarrollo experimental.

La velocidad de obsolescencia de las tecnologías está dictada por apremios de riqueza. La sustitución de computadoras, por ejemplo, va más allá de la conveniencia del consumidor medio, y se le impone por las necesidades de los grandes usuarios que demandan nuevos productos.

Por otra parte, incluso los países exportadores de bienes de productos industriales son generadores de regalías debidas a la propiedad industrial, y dependen de bienes de capital que solo se producen en los países de mayor desarrollo. Las sociedades del conocimiento han identificado un nuevo instrumento de dominio que está generando notables desigualdades y contrastes en el mundo.

Y más adelante sostiene que es a través de la cultura, entendida como un conjunto de símbolos, convicciones, valores e ideas compartidas, como la sociedad puede creer que el Estado es capaz de poner en práctica políticas de adjudicación que restauren, tanto como sea posible, el equilibrio en las relaciones sociales... La concentración de la riqueza no es una decisión directa del Estado contemporáneo, pero sí es una consecuencia de la abstención del Estado para regular procesos lesivos de los intereses sociales.

(...) No existen fórmulas de igualación, pero sí de compensación. Una de ellas es franquear a todas las sociedades la posibilidad de generar nuevos conocimientos. El desarrollo experimental no debe estar vedado a ninguna sociedad; y allí donde los recursos locales no sean suficientes para generar una masa crítica que permita impulsar la generación de conocimientos, deben adoptarse medidas de cooperación internacional encaminadas a ese objeto.²¹

En este ambiente, creo que los derechos sociales, económicos y culturales son verdaderamente necesarios para dar un salto de mejoría en la cualidad de vida de todos los ciudadanos en Latinoamérica. No tenemos respuestas para las variadas interrogantes que nosotros mismos colocamos, pero parece claro y necesario implantar una política nacional y regional (con vigilancia internacional) con el objetivo de promover un alivio rápido de la pobreza que asola nuestra región, y establecer la ruptura de su ciclo intergeneracional por medio de la transferencia de ganancias, con políticas que de facto hagan que el pueblo suba en la escala social con mayor cono-

²¹ Valadés, Diego, "Consideraciones sobre el Estado constitucional...", *op. cit.*, p. 710.

cimiento y empleo con dignidad para mayores contingentes de población activa.

Queda, finalmente, la alerta del *Statement to the World Conference on Human Rights on Behalf of Committee on Economic, Social and Cultural Rights*:

En efecto, democracia, estabilidad y paz no pueden convivir con condiciones de pobreza crónica, miseria y negligencia. Además, esta insatisfacción creará grandes y renovadas escalas de movimientos de personas, incluyendo flujos adicionales de refugiados y emigrantes, denominados “refugiados económicos”, con todas sus tragedias y problemas. (...) Derechos sociales, económicos y culturales deben ser reivindicados como derechos y no como caridad y generosidad.