

ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, 254 pp.

La obra de Abramovich y Courtis aborda uno de los temas de mayor trascendencia jurídica, política y social del constitucionalismo: la posibilidad de que, en expresión de Guastini, los derechos sociales dejen de ser «derechos de papel». Esta necesidad resulta cada vez más acuciante en la medida en que las desigualdades entre los seres humanos, lejos de disminuir, han aumentado en los últimos años hasta alcanzar dimensiones «literalmente indignantes. La mitad de la humanidad vive en la pobreza, más de un tercio en la miseria, 800 millones de personas sufren de desnutrición, alrededor de mil millones son analfabetos, mil quinientos millones no disponen de agua potable, dos mil millones aún no tienen electricidad...»<sup>1</sup>. Como el libro se encarga de demostrar, obstaculizar la plena exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, ha sido y es más bien una cuestión de opción política, en tanto los poderes públicos interpretan las normas de contenido prestacional en función de los modelos político-económicos de sus programas de gobierno, y no un problema de técnica jurídica.

Si ello no fuera bastante, negar la exigibilidad de los derechos sociales limita no sólo sus propios contenidos sino que debilita el catálogo de derechos en su conjunto, porque «sin una acción eficaz de los poderes públicos dirigida a garantizar el disfrute de las libertades por todos los ciudadanos, éstas de hecho sólo pueden ser utilizadas por quienes poseen los medios materiales para ser-

virse de ellas, por más que formalmente estén reconocidas a todos»<sup>2</sup>.

Ahora bien, a pesar de su importancia, poco se ha ocupado la doctrina de este tema, o bien ha optado por una concepción restringida de estos derechos, considerándolos meros principios programáticos o, en la mejor de las hipótesis, derechos de segunda o tercera categoría.

El caso español es sólo un ejemplo de ello. Tras veinticinco años de Constitución y desarrollo constitucional, la plena vigencia de los derechos sociales continúa siendo una tarea pendiente, tanto en el ámbito normativo como en la práctica. Esta carencia se deriva, en parte también, de un inadecuado tratamiento dogmático de la cuestión. Según la opinión dominante, el Capítulo III del Título Primero de la Constitución de 1978, contendría los llamados *principios rectores de la política social y económica*, entre los que se encontrarían el derecho a la protección de la salud (artículo 43), el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (artículo 45) o el derecho a una vivienda digna y adecuada (artículo 47). Por su parte, el artículo 53.3 al establecer las bases para determinar el contenido, sentido y alcance de dichos principios, reduciría la eficacia jurídica de los mismos a su reconocimiento como meros criterios orientadores de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos en general, negándoles la posibilidad de ser

1. IGNACIO RAMONET, «Guerra social», *Le Monde diplomatique*, Edición española, año VI, n.º 85, noviembre 2002, p. 1.

2. Pérez Luño, citado por CARMONA RUANO, Miguel, «El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso *Villagrán Morales y otros*», *Jueces para la Democracia. Información y Debate* (42), noviembre-2001, Madrid, 2001, p. 71.

directamente justiciables, en tanto se exigiría para ello que medie la actuación del legislador. Esta posición mayoritaria parece, sin embargo, *a priori* insostenible porque «aunque la dicción inmediata de los preceptos constitucionales citados y la interpretación más directa y elemental de los mismos pudiera parecer sugerir una suerte de división radical de la Constitución en dos bloques, una para los DESC y otra para el resto del articulado, esta conclusión debe rechazarse por incompatible no sólo con la noción misma de Constitución (norma vinculante que ocupa la cúspide del ordenamiento), sino porque contradice el más específico concepto de Constitución Social que se proclama en el artículo 1.1 de la misma. Resultaría inaceptable una interpretación de los preceptos de la Constitución de la que se derivara que España se constituye en un Estado Social que obliga a los poderes públicos a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, pero que carece de derechos sociales»<sup>3</sup>.

Por ello, frente a este limitado desarrollo doctrinal y normativo de los derechos de contenido social, se perfila un nuevo enfoque que constituye un importante esfuerzo por reconocerlos como auténticos derechos, y apuntar las vías para garantizar su eficacia. Precisamente la obra de Abramovich y Courtis es una valiosa muestra de ello.

En cierto sentido, se trata de una manifestación de lo que podemos llamar la «apropiación» progresiva del tema de los derechos sociales por parte de algunos sectores doctrinales progresistas, pese a su anterior minusvaloración frente a otras vías distintas para impulsar el cambio, por considerar que el

3. GARCÍA MORALES, Aniza Fernanda, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 2003, pp. 134 y 135.

Derecho era precisamente el instrumento utilizado para mantener y asegurar el orden establecido.

Autores como Habermas o Ferrajoli, optan hoy por una visión menos política y más claramente jurídica (constitucionalista) del Derecho, entendido éste en su sentido «fuerte», no como un mero conjunto de reglas procedimentales, sino como un sistema de normas con determinados contenidos materiales. Igualmente, se ha dado un giro hacia el Derecho Internacional, en su origen entendido exclusivamente como la forma más autoritaria del Derecho, en la medida en que expresaba las relaciones de hegemonía entre las potencias, y actualmente, en cambio, considerado marco esencial para el fortalecimiento de los derechos y su adecuada protección.

Todo ello se refleja tanto en la doctrina relativa a la teoría general sobre el Estado social<sup>4</sup> como en las perspectivas más concretas respecto de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>5</sup> e incluso en el análisis de derechos específicos<sup>6</sup>.

4. A partir del trabajo inicial de DE CABO, Carlos, *La crisis del estado social*, PPU, Barcelona, 1986, luego otros como GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel y MAESTRO BUELGA, Gonzalo, *Marginalidad, estado social y prestaciones autonómicas*, Cedecs, Barcelona, 1999; o MAESTRO BUELGA, Gonzalo, *La Constitucionalización del trabajo en el estado social*, Comares, Granada, 2002.

5. Como el libro de Abramovich y Courtis objeto de la recensión, o su anterior ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales», en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregu y Christian Courtis (compls.), CELS, Editores del Puerto S. R. L., Buenos Aires, 1997, o mi propio trabajo citado en la nota 3.

6. PISARELLO, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en construcción. El derecho a*

Pues bien, en este contexto debe ser analizada la propuesta de Abramovich y Courtis. Formalmente dividida en tres capítulos, en el primero, se define la estructura de los derechos sociales —a los que hasta ahora se ha pretendido atribuir una naturaleza indeterminada y una implementación necesariamente costosa, que han impedido su reconocimiento como verdaderos derechos exigibles— para concluir que en realidad «no existe (...) ninguna diferencia de estructura entre los distintos tipos de derechos fundamentales. Cae en consecuencia el principal fundamento teórico —si es que se puede hablar de un 'fundamento'— de la tesis de la inexigibilidad judicial intrínseca de los derechos sociales»<sup>7</sup>. Tal como había adelantado Abramovich en un trabajo anterior, pareciera que «no existe diferencia en la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos, pues se trata sólo de categorías históricas; la frontera entre una y otra categoría de derechos tiende a ser cada vez más difusa»<sup>8</sup>.

El segundo capítulo se refiere a las obligaciones a cargo del Estado en materia de derechos sociales, que van desde la adopción de un marco legal adecuado para garantizar por lo menos un estándar mínimo de los derechos, hasta el apego de las actuaciones de los poderes públicos a criterios generales de razonabilidad, progresividad o prohibición de regresividad.

*la vivienda digna como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003.

7. FERRAJOLI, Luigi, *Prólogo*.

8. ABRAMOVICH COSARÍN, Víctor, «Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos», en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Lorena González Volio (ed.), San José, Costa Rica, 1998, p. 139.

Finalmente, en el capítulo tercero se proponen distintas estrategias para garantizar la exigibilidad directa (cuando existen obligaciones inmediatas a cargo del Estado) o indirecta (a través de la protección del derecho a la igualdad, de las garantías procesales o de otros derechos de libertad o sociales) de estos derechos. Ello tiene particular mérito, como reconoce el propio Ferrajoli en el Prólogo a esta obra, porque la minuciosa recopilación de casos extraídos del Derecho comparado, pone de manifiesto —más allá de la argumentación teórica abstracta— el carácter efectivamente justiciable de los derechos de contenido económico y social.

De entre los epígrafes en que se desarrolla la obra, hemos seleccionado tres ejes temáticos para su comentario: el primero tiene que ver con la estructura de los derechos económicos y sociales, y con la naturaleza de las obligaciones estatales destinadas a su realización; el segundo se refiere a las formas judiciales y cuasi-judiciales de protección de los derechos sociales, tanto en el ámbito internacional como a partir de los ordenamientos internos; el tercero y último, refleja la preocupación por determinar si la vía judicial constituye, o no, el canal idóneo para hacer exigibles los derechos de contenido económico y social.

La primera de estas cuestiones está relacionada con la tensión existente en torno a la necesidad de mantener, o no, una categoría independiente de *derechos económicos, sociales y culturales*<sup>9</sup>.

9. Esta tensión se refleja en el propio libro, porque el prologuista (L. Ferrajoli) ha venido sosteniendo la importancia de esta distinción conceptual (por ejemplo, últimamente, en «Los fundamentos de los derechos fundamentales», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), Trotta, Madrid, 2001, pp. 291-300), mientras Abramovich y Courtis la consideran más bien una diferencia coyuntural.

Históricamente, las circunstancias políticas que rodearon el reconocimiento (formal) universal de los derechos humanos, al término de la II Guerra Mundial, favorecieron la idea equivocada de que existen categorías distintas de derechos: derechos civiles y políticos como auténticos derechos justiciables, y derechos económicos sociales y culturales, cuya naturaleza más bien «política», los mantiene sujetos a su programación y realización gradual. Ello no obstante la insistencia de diversos órganos de Naciones Unidas, en la «indivisibilidad» e «interdependencia» de los derechos<sup>10</sup>.

Este diferente enfoque se deriva, en parte —además de algunas otras importantes razones de fondo— de que L. Ferrajoli maneja sobre todo un concepto teórico y no dogmático de *derechos sociales*. Desde este marco, se pone «de relieve la heterogeneidad de contenidos y situaciones que, en España, se encuadran dentro de la expresión *derechos sociales*. Efectivamente, lo primero que hay que destacar es que dicha expresión no figura en la Constitución como tal, su equivalente *principios rectores* incluye un amplio catálogo de figuras por lo que la determinación de los mismos suele remitirse a los tratados internacionales suscritos por España. Ahora bien, si se admite dicha nómima de derechos, nos encontraremos con que, en la clasificación contemplada, no todos ellos pertenecen a la misma categoría. Así, mientras algunos derechos sociales son derechos humanos (es decir, concedidos a todos con independencia de la ciudadanía y capacidad de obrar) como el derecho a la educación, otros muchos son derechos públicos (como el derecho a una vivienda) y, lo que es más importante, muchos de ellos se encuentran en una situación de fluidez entre una y otra categoría (por ejemplo, el derecho a la salud). O bien, en situación directamente contradictoria, como en el caso de la seguridad social y su asimetría entre obligaciones y prestaciones.» GARCÍA MORALES, Aniza Fernanda, *op. cit.*, p. 151.

10. Asamblea General, Resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950; Comité de DESC, Comentario General N.º 9; Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos,

La polarización del mundo en dos bloques con concepciones distintas de los derechos, generó una presión política tal, que la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas decidió finalmente desarrollar la Declaración Universal de 1948 en dos Convenciones separadas: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

A partir de entonces se fue consolidando la *teoría de las generaciones de derechos* que distingue a los derechos civiles y políticos, también llamados derechos de libertad, derechos individuales o derechos clásicos (*primera generación*), de los derechos económicos, sociales y culturales o derechos de igualdad (*segunda generación*) y de los derechos de interés difuso o de solidaridad (*tercera generación*) como el derecho al desarrollo, al medio ambiente, a la libre determinación o a la paz. En los ordenamientos internos, esto se tradujo generalmente en una clasificación de los derechos que, como en el modelo español, concede sólo a algunos el carácter de «fundamentales» y con base en ello les otorga niveles más o menos eficaces de garantía.

Se generalizó de esta forma la idea de que se trata de categorías distintas de derechos y de que sólo los del primer grupo constituyen auténticos derechos con eficacia inmediata y susceptibles de ser reclamados mediante acciones jurídicas individuales; mientras que los derechos sociales, por su carácter prestacional, quedaban consagrados con carácter programático y en disposiciones vagas, indeterminadas y difícilmente accionables y, en último término, no vinculantes. Se partiría de la injustificada tesis de que todas «las posiciones *jurídico-prestacionales* se reducen a un único tipo de

Declaración de Viena y Programa de Acción, NU doc. A/CONF.157/23, Parte I.

situación jurídica que exige su concreción por parte del legislador»<sup>11</sup>.

El hecho cierto es que, aunque muchos derechos económicos, sociales y culturales se encuentran consagrados en diversos instrumentos internacionales, su reconocimiento efectivo no se alcanzará sino con su adecuada justiciabilidad, entendida ésta como la posibilidad de reclamar ante los tribunales el cumplimiento de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho<sup>12</sup>.

Por otro lado, en cuanto a las obligaciones a cargo del Estado, tendentes a la efectiva implementación de los derechos sociales, la confusión se origina por la falsa percepción de que los derechos civiles y políticos, según la noción clásica, exigen al Estado meras abstenciones u omisiones ante la esfera jurídica privada, mientras que los derechos económicos y sociales reclaman del Estado una intervención activa, es decir, acciones positivas que se traduzcan en prestaciones concretas como la salud o la educación.

Sin embargo, para Abramovich y Courtis esta interpretación errónea de las obligaciones estatales es consecuencia de *una visión totalmente sesgada y «naturalista» del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo* (p. 23), cuando en realidad, pareciera más bien que no es el carácter de las obligaciones lo que cambia según se trate de derechos civiles y políticos o de

derechos sociales, sino en todo caso, que existen diferencias de grado, lo que resulta evidente por ejemplo, en el derecho de propiedad (pp. 25 y 26).

Entonces, puede afirmarse que los derechos humanos en general, imponen a los poderes públicos tres tipos de obligaciones: la de *respetarlos*, es decir, adecuar el sistema jurídico y su actuación para asegurar la efectividad de los mismos y no entorpecerlos; la de *protegerlos*, que implica una función organizadora para la defensa o ejercicio de los derechos; la de *satisfacerlos*, o sea el derecho a prestaciones fácticas propiamente dichas o, en otras palabras, el deber de garantizar la efectividad de los derechos, utilizando todos los medios a su alcance. En la terminología de Alexy, «la escala de las acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho a prestaciones se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y bienes»<sup>13</sup>.

Con base en el esquema de Hoof, que reconoce cuatro niveles distintos de obligaciones a cargo del Estado (respetar, proteger, garantizar y promover los derechos), Abramovich y Courtis concluyen que ninguno de estos niveles constituye exclusivamente una obligación positiva o negativa, ni una mera obligación de resultado o de comportamiento, lo que demuestra que en todo el espectro de derechos puede identificarse dicha escala de obligaciones (pp. 28-32).

En síntesis, y según apuntaba el propio Abramovich en una oportunidad anterior, «los derechos humanos no resultan por su naturaleza más o menos

11. Cf. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (1), CEC, Emilio Calderón Martín y Ascensión Elvira Perales (trads.), septiembre-diciembre, Madrid, 1998, p. 249.

12. Cf. ABRAMOVICH COSARIN, Víctor, «Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 139.

13. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 1997, p. 427.

justiciables, sino que a cada derecho corresponden más o menos obligaciones justiciables; existen niveles de obligaciones estatales comunes a todos los derechos humanos, y no un tipo particular de obligación estatal que corresponda a una determinada categoría de derechos...<sup>14</sup>.

En relación con el segundo aspecto, el de las formas judiciales de exigibilidad, conviene comenzar recordando que al existir diferentes opciones políticas sobre cuál es la forma más idónea de lograr su eficacia, corresponde su desarrollo de manera primordial a los órganos legislativos que cuentan con legitimidad democrática. Es en ausencia de esta actividad (omisión legislativa) o ante su inadecuada utilización (desarrollo inconstitucional o contrario al ordenamiento internacional), cuando surge la jurisdicción como elemento final de garantía.

Ahora bien, como han mostrado A. de Cabo y G. Pisarello<sup>15</sup> las relaciones entre ambos poderes pueden ser tanto cooperativas como conflictivas, y el resultado de su interacción puede determinar tanto la maximización como la minimización de los derechos sociales. O, dicho en otros términos, ningún poder está inevitablemente *programado* para la defensa de los derechos sociales, sino que su actuación depende en buena medida del nivel de movilización social existente para su defensa.

En todo caso, las vías judiciales para hacer exigibles los derechos de contenido social, pueden ser directas o indirectas,

dependiendo de que se haga, o no, de la satisfacción del derecho social el objeto central de la pretensión. Dentro de la primera hipótesis, encuadraríamos tanto algunos derechos que siendo de carácter social no tienen estrictamente un contenido prestacional, por ejemplo la huelga o la negociación colectiva, como otros que teniéndolo cuentan con un reconocimiento expreso de justiciabilidad, por ejemplo la asistencia social o la educación en el caso del modelo español. Además de los múltiples casos citados por los autores, podríamos agregar otras conocidas sentencias del Tribunal Constitucional español<sup>16</sup>.

En el caso de la justiciabilidad indirecta, Abramovich y Courtis distinguen entre la vía de la protección de la igualdad y la prohibición de la discriminación, la vía del derecho al debido proceso, la vía de la protección a través de derechos civiles y políticos, la vía de protección a través de otros derechos sociales, la de los límites a los derechos civiles y políticos justificados por derechos sociales y, por último, la información como vía de exigibilidad de derechos sociales. Al respecto, los autores han realizado una recopilación particularmente exhaustiva, tanto en el plano internacional, como con referencias a diversos ordenamientos nacionales. Respecto del caso español, cabría añadir las STC 34/1981, 128/1987, 158/1993 o 181/2000.

Como señalan los autores, este impulso de justiciabilidad ha sido liderado

14. ABRAMOVICH COSARÍN, Víctor, «Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 139.

15. PISARELLO, Gerardo y DE CABO, Antonio, «¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales?», en *Derechos constitucionales y formas políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Miguel Ángel Aparicio (coord.), Cedecs, Barcelona, 2001.

16. Por ejemplo, el derecho a la seguridad social ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional (STC 5/1992) como un derecho de prestación, de evidente contenido económico, a cargo del presupuesto público. Ver también STC 134/1987, 158/1993 y en general, MARTÍNEZ ESTAY, José, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997. p. 291.

por los organismos internacionales, más que por las jurisdicciones nacionales, en particular por el Comité de DESC de Naciones Unidas a través de sus Observaciones Generales, el TEDH y más recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través del Protocolo de San Salvador. A ello habría que sumar el trabajo del propio Comité de DESC para preparar un Protocolo Facultativo del PIDESC, que prevea un mecanismo de denuncias individuales y colectivas en caso de violación de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, creemos oportuno mencionar que, no obstante estos esfuerzos, la reciente Carta Europea de Derechos Fundamentales no ha adoptado una perspectiva particularmente social de los derechos puesto que, pese a reconocer algunos de ellos, no lo hace con especial amplitud o detalle ni los extiende en todos los casos a todas las personas, sino que los vincula en parte a la ciudadanía europea. Por último, lo dispuesto en el artículo 51 («la presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados»), parece devolvernos a las declaraciones de derechos liberales puramente retóricas y no a una comprensión garantista y vinculante de las mismas.

En cuanto al tercero de los asuntos objeto de análisis, los autores dedican un último epígrafe a la cuestión sobre la idoneidad, o no, de la vía judicial para hacer exigibles los derechos sociales. Y es que en efecto, aunque la justiciabilidad puede desempeñar un papel relevante en la adecuada protección de los derechos económicos y sociales, no puede consti-

tuirse en la vía exclusiva para remover las grandes desigualdades sociales, entre otras cosas, porque «muchos de los factores que podrían resultar relevantes a la hora de adoptar decisiones de política social pueden quedar excluidos de la materia que es objeto de debate judicial y que será la base de la decisión del juzgador. En el mismo sentido, esta simplificación tiende a dejar de lado la valoración de una vasta gama de intereses que han de considerarse a la hora de fijar la política. El proceso judicial (...) se estructura sobre la base de una confrontación dialéctica entre dos partes antagónicas: resulta claro que este diseño le resta capacidad para componer la totalidad de los intereses en juego» (p. 249).

Por tanto, la intervención de los órganos jurisdiccionales debe mantenerse, en la terminología de Ferrajoli, como la garantía secundaria que se activa cuando las garantías políticas fallan o resultan insuficientes.

El reconocimiento de los derechos humanos como elemento esencial de la consolidación de los regímenes democráticos, exige, pues, una comprensión integral de los mismos, que necesariamente implica garantizar la plena vigencia de los derechos de contenido económico y social, como parte fundamental del respeto a la dignidad humana.

El libro de Abramovich y Courtis constituye, a mi juicio, una significativa contribución, políticamente comprometida y jurídicamente rigurosa, a los intentos de dar vigencia efectiva a los derechos sociales como proyecto emancipatorio.

ANIZA GARCÍA  
*Universidad Complutense  
de Madrid.*