

LA JUSTICIABILITAT COM A GARANTIA DELS DRETS SOCIALS



Amb la col·laboració de:



La justiciabilitat com a garantia dels drets socials

Aniza García

Instituto Complutense de Estudios Jurídicos Críticos. Universidad de Complutense de Madrid

Observatori DESC

1. Mites al voltant de la *naturalesa* dels drets socials.

La doctrina convencional sol presentar els drets socials com a generacionalment posteriors, axiològicament subordinats i estructuralment diferenciats als drets civils i polítics. De fet, segons aquest enfocament, els drets socials no són més que aspiracions, o bé principis més o menys indeterminats i de caràcter programàtic, donada la seva estreta dependència de l'estructura econòmica i del nivell de desenvolupament del país. En tot cas, es tractaria de drets de *segona categoria*, realització gradual i tutela jurídica debilitada.

En essència, l'argument se centra en una suposada *naturalesa* diferent dels drets, i contraposa uns *drets civils i polítics* associats a la dimensió negativa del principi de llibertat i que, consegüentment, només demanen conductes passives a l'Estat—bàsicament abstenir-se d'intervenir en l'esfera privada dels individus—, als *drets econòmics i socials*, de caràcter indeterminat, essencialment vinculats al principi d'igualtat i d'un contingut eminentment de prestacions^[1].

Afortunadament, davant d'aquesta visió simplificada i rígida, pren força la idea que tots els drets —civils, polítics, econòmics, socials, culturals i ambientals— presenten tant dimensions negatives de llibertat com dimensions positives de prestació; que donen lloc tant a obligacions de fer com d'abstenir-se; que imposen deures tant als poders públics com als subjectes privats en condicions d'afectar-los; que demanen prestacions més o menys oneroses; que poden adoptar caràcter individual o col·lectiu, i que en tot cas, resulten indivisibles i interdependents entre sí.

Tanmateix, es pot afirmar que no existeixen drets que per la seva *naturalesa* resultin més concrets que d'altres; sinó que certs drets han aconseguit, en virtut del seu desenvolupament i aplicació, una major

concreció. Igualment, la qüestió de la seva *justiciabilitat* s'hauria d'abordar en termes de realització gradual; és a dir, tots els drets presenten aspectes més o menys justiciables.

Semblaria doncs que tant el reconeixement marginal dels drets socials en els ordenaments jurídics, com la seva suposada incapacitat *natural* per ser reclamats judicialment, que fins ara han mantingut en risc la seva vigència, responen més aviat a la difícil compatibilitat entre la realització d'aquests drets –essencialment destinats a la satisfacció de les necessitats materials bàsiques- i un model de mercat dissenyat per a afavorir l'acumulació de capital en detriment del benestar general.

2. Notes sobre el desenvolupament històric dels drets socials: de la crisi de l'Estat social a l'Estat de les corporacions.

Tot i que, bàsicament, els drets socials es van configurar en el marc de l'Estat social, paradoxalment aquest model d'Estat no va desenvolupar –com sí que ho va fer l'Estat liberal respecte els drets i llibertats *clàssics*- un sistema que els garantís en clau d'autèntics drets subjectius, sinó que simplement el sistema es va articular mitjançant l'ampliació de les funcions de l'Estat a una sèrie d'àmbits fins llavors reservats a la iniciativa privada, i subjectes al joc lliure de les forces del mercat.

En efecte, sobretot després de la Segona Guerra Mundial, l'Estat va desplegar el seu poder amb l'objectiu d'equilibrar les fortes desigualtats socials i aconseguir estàndards mínimament acceptables en matèria de salut, treball, seguretat social, vivenda o educació. Per això, va anar desenvolupant un entramat de normes (en gran part de caràcter programàtic) i institucions destinades a facilitar la seva activitat com a proveïdor de serveis bàsics fora del mercat[2].

Ara bé, l'Estat social no es va configurar pròpiament com un Estat constitucional, sinó fonamentalment com un Estat legislatiu i administratiu: la qual cosa va afavorir que, amb freqüència, la seva intervenció com a proveïdor del benestar social estigués guiada, en major o menor mesura, per la discrecionalitat, el clientelisme i el corporativisme. Així, els drets socials, lluny de consolidar-se com a autèntics drets subjectius i universals, jurídicament garantits, van quedar reduïts a principis de naturalesa essencialment política, o bé com a simples privilegis en favor dels sectors que es trobaven en condicions d'accedir al mercat laboral formal[3].

Lluny de solucionar aquestes deficiències i les situacions d'exclusió, la tornada al model (neo)liberal va suposar l'esquerda definitiva de l'Estat del benestar i la consolidació d'un sistema menys intervencionista i sòlidament sustentat en la lògica del mercat, aquesta vegada, guiada per la deslocalització, la flexibilització i la tendència a fer cada vegada més precàries les relacions laborals (i les corresponents prestacions socials) en benefici de les grans corporacions empresarials.

En efecte, l'avenç de les polítiques neoliberals ha suposat la contracció de l'Estat davant l'apoderament dels agents econòmics transnacionals –empreses, organismes financers, etc.-, així com el desplaçament de les decisions de l'àmbit parlamentari –democràticament legitimat- cap als anomenats òrgans o autoritats independents –bancs centrals, agències, comissions reguladores- que, en canvi, no responen davant l'electorat. El conseqüent dèficit democràtic ha fet possible el desmantellament dels serveis públics i una retallada accelerada de les prestacions socials.

3. El sistema de garanties dels drets socials: breu repàs de les garanties polítiques.

3.1. Els límits del sistema.

La crisi de l'Estat social i democràtic del Dret demana avui la *reinvençió* del sistema en clau de drets i d'una major participació ciutadana en la presa de decisions. En aquest context, les garanties *primàries* ^[4] dels drets adquireixen rellevància; és a dir, els mecanismes polítics destinats a dotar-los de contingut i assegurar la seva vigència. Aquestes *garanties polítiques* impliquen, d'una banda, assegurar un reconeixement constitucional adequat i el desenvolupament legislatiu oportú dels drets; i, de l'altra, el disseny i implementació de les polítiques i programes orientats a fer-los efectius.

Doncs bé, en primer terme, el reconeixement constitucional o la incorporació dels drets a la llei suprema de l'ordenament jurídic, suposa el seu reforçament davant la resta de normes del sistema, en un doble sentit: els drets constitucionals no poden ser derogats, limitats o vulnerats per cap norma o acte d'autoritat; i a la vegada, estan en condicions de derogar, limitar o anul·lar qualsevol norma o acte d'autoritat que no estigui conforme amb el seu contingut.

En aquest aspecte, la Constitució espanyola (CE) no afavoreix especialment l'eficàcia i la protecció dels drets socials. D'una banda, els consagra en un capítol –Capítol III del Títol I- a part de la resta dels drets fonamentals i llibertats públiques, sota la denominació de (mers) *Principis rectors de la política social i econòmica*; de l'altra, els exclou dels mecanismes reforçats de garantia, és a dir, els nega aparentment la seva condició d'autèntics drets subjectius i la possibilitat de ser directament reclamats davant la justícia ordinària.

En efecte, la CE reserva el Capítol II del Títol I (relatiu als Drets i Deures Fonamentals) als Drets i llibertats identificats bàsicament amb els drets civils i polítics començant per la garantia d'igualtat davant la llei i la prohibició de discriminació (article 14). A la vegada, divideix aquest catàleg de drets en dos grups: drets fonamentals i llibertats públiques (secció primera) i drets i deures dels ciutadans (secció segona).

En virtut de l'article 53, els drets del Capítol II vinculen plenament tots els poders públics, estan subjectes a la reserva de llei orgànica (és a dir, que aquests drets han de ser desenvolupats per una llei l'aprovació de la

qual exigeix una majoria qualificada), que ha de respectar el seu contingut essencial i pot ser objecte de recurs d'inconstitucionalitat. Així mateix, els drets reconeguts en l'article 14 i la secció primera, poden donar lloc a un procediment als tribunals ordinaris, basat en els principis de preferència i de tipus sumari (empara judicial), i al recurs d'empara constitucional (aquesta última possibilitat resulta aplicable també respecte del dret consagrat en l'article 30). Per als *principis rectors*, en canvi, la Constitució disposa simplement que informaran sobre la legislació positiva, la pràctica judicial i, en general, sobre l'actuació dels poders públics, i que només podran ser judicialment demandats de conformitat amb les lleis que els desenvolupin.

Aquesta configuració constitucional es manté clarament al marge dels avenços que s'han aconseguit en matèria de reconeixement i protecció de drets en l'àmbit del Dret Internacional i que, en canvi, sí han incorporat algunes de les Constitucions llatinoamericanes aprovades recentment. Efectivament, almenys des de la Constitució colombiana de 1991, es desenvolupa un nou paradigma en matèria de drets[5], que es caracteritza bàsicament per:

- a) El reconeixement implícit o explícit de la invisibilitat, interdependència i igual jerarquia de tots els drets[6].
- b) L'ampliació del catàleg ja sigui per la inclusió de nous drets, ja sigui per la interpretació extensiva dels ja previstos, o fins i tot pel reconeixement d'aquells que, malgrat no estar expressament mencionats en el text constitucional, es troben consagrats en la carta internacional o clarament vinculats a la dignitat humana[7].
- c) El reconeixement de la jerarquia màxima a les normes del Dret Internacional dels Drets Humans i de la seva prevalença respecte d'altres normes d'ordre intern[8].
- d) L'enfortiment de les normes dirigides a eradicar la discriminació i assegurar l'eficàcia dels drets també respecte d'aquells grups fins ara exclosos, així com el reconeixement de la composició multiètnica i pluricultural dels Estats i la conseqüent incorporació de les normes, institucions i mecanismes destinats a protegir aquestes identitats (els seus territoris, recursos naturals, tradicions, pràctiques culturals, llengües i, fins i tot, els seus sistemes de resolució de conflictes i de les seves funcions jurisdiccionals)[9].
- e) El reconeixement dels drets com a estructures complexes que demanden tant accions positives com d'abstenció dels poders públics, segons es desprèn dels propis termes en els què estan consagrats.
- f) El reconeixement de l'eficàcia horitzontal dels drets, és a dir, de la possibilitat que aquests siguin oposables no només davant dels poders públics sinó també davant de subjectes privats en condicions d'afectar-los[10]. Aquesta qüestió adquireix rellevància en el marc de l'actual sistema mundial, on els agents privats –sobretot, les grans corporacions transnacionals- tenen cada vegada més poder econòmic (i en conseqüència polític), i estan, per tant, en situació de vulnerar drets,

particularment aquells vinculats amb l'accés als recursos destinats a la satisfacció de les necessitats humanes bàsiques.

g) El reconeixement de l'aplicació directa i immediata del conjunt dels drets; és a dir, que no és indispensable la seva configuració legislativa posterior per a què tinguin vigència plena i siguin eficaces[11].

h) La previsió d'un sistema de protecció amb mecanismes reforçats de garantia per a tots els drets, inclosa la possibilitat de reclamar-los davant dels òrgans internacionals competents[12]; així com l'intent d'enfortir el rol i la independència de les instàncies judicials[13].

i) El reconeixement de la dimensió col·lectiva dels drets i, en aquest cas, la previsió de mecanismes idonis per a fer-los efectius[14].

j) L'aprofundiment del model democràtic mitjançant l'impuls de la descentralització i, particularment, la incorporació de mecanismes que afavoreixin la participació directa i efectiva de la ciutadania, així com l'exercici ple dels seus drets[15].

3.2. Les potencialitats del model.

Si bé el model constitucional espanyol presenta limitacions evidents pel que fa a la plena eficàcia dels drets socials, certament deixa cert marge per a reforçar la seva protecció.

En primer terme, i fins i tot, si alguns dels estàndards de protecció del Dret Internacional dels Drets Humans no s'han incorporat expressament, és possible interpretar el text constitucional a la llum d'aquests criteris, en els propis termes de l'article 10 CE, i sobre aquesta base anar desenvolupant criteris constitucionals propis que afavoreixin l'efectiva vigència d'aquests drets.

Es tractaria d'aconseguir una major obertura de l'ordenament constitucional al desenvolupament internacional dels drets, i així, per exemple, habilitar la seva aplicació directa i estendre el sistema de garanties a tots ells sense distinció; fins i tot als drets que no estan expressament reconeguts en l'ordenament jurídic intern, formen part de la carta internacional o bé estan clarament vinculats a la dignitat humana.

Així mateix, és possible fer una interpretació en clau de garanties dels *principis rectors de la política social i econòmica*, que per començar, expliqui que no només els drets socials, sinó el conjunt dels drets constitucionals, presenten una doble dimensió: com a normes que atribueixen drets, llibertats, potestats o immunitats als seus titulars davant del poder (*dimensió subjectiva*) i com a valors o principis que obliguen als poders públics a assegurar la vigència de les institucions que facin possible el seu exercici (*dimensió*

objectiva). Doncs bé, també en la dimensió objectiva, els drets generen obligacions –positives i negatives- i presenten caràcter vinculant.

De fet, el propi Tribunal Constitucional (TC) ha destacat el valor de la dimensió objectiva dels drets socials en assenyalar que, al marge de la major o menor concreció dels termes amb què estan enunciats, aquests principis i valors contenen proposicions vinculants (STC 14/1992) i que, “de l’obligació de la submissió de tots els poders públics a la Constitució no només es dedueix l’obligació negativa de l’Estat de no lesionar l’esfera individual o institucional protegida pels drets fonamentals, sinó també l’obligació positiva de contribuir a l’eficàcia de tals drets i dels valors que representen, fins i tot quan no existeixi una pretensió subjectiva per part del ciutadà” la qual cosa “obliga especialment al legislador, qui rep dels drets els impulsos i les línies directives, obligació que adquireix especial rellevància allà on un dret o valor fonamental quedaria buit si no s’establissin els supòsits per a la seva defensa” (STC 181/2000).

En tercer lloc, no es pot perdre de vista que els preceptes constitucionals només consagren el contingut mínim o essencial dels drets, en termes suficientment amplis per a què sigui l’òrgan legislatiu –democràticament legitimat per això- el què els desenvolupi mitjançant formulacions concretes.

Com s’ha assenyalat abans, l’article 53.1 CE estableix que per a assegurar l’adequada configuració legal dels drets del Capítol II, aquesta hauria de cenyir-se estrictament al ple respecte del contingut essencial dels drets. Doncs bé, conforme al Dret Internacional dels Drets Humans, aquest contingut mínim constitueix un element comú a tots els drets i, per tant, no hi ha raó per a què els drets socials es mantinguin al marge d’aquesta garantia.

D’altra banda, el desenvolupament legislatiu dels drets haurà de determinar amb claredat quines són les obligacions a càrrec dels poders públics, i quins els lineaments oportuns per a la seva realització. Es tracta, en definitiva, que el legislador, orientat entre altres criteris pels estàndards desenvolupats més avançats sobre la matèria en l’àmbit internacional, estableixi bases legals clares i que en darrer terme habilitin als titulars dels drets per reclamar-los en cas de possible vulneració.

Un requisit addicional per a reforçar l’eficàcia dels drets en el pla de la seva configuració legal, estaria vinculat amb la legitimació de l’activitat legislativa. En efecte, és indispensable habilitar les vies per a què les actuacions del legislador es corresponguin realment amb els interessos de la ciutadania. Com que sembla que el model representatiu ja no satisfà aquesta exigència, es fa necessari implementar mecanismes addicionals de participació de la ciutadania en la presa de decisions –tals com la consulta, el referèndum o la iniciativa legislativa popular -, en base a enfortir el sistema democràtic.

En tot cas, els mecanismes esmentats hauran d’assegurar una participació plural, equitativa i sense discriminació, així com l’efectiva influència d’aquesta participació en les polítiques públiques i programes socials, des de la seva formulació i posada en marxa, fins l’avaluació dels resultats i, en aquest cas, l’adopció de mesures correctives.

En última instància, assegurar l'eficàcia dels drets, i particularment dels drets socials, exigeix, que tots els poders públics i altres agents involucrats en la seva implementació, ceneixin les seves actuacions als criteris de transparència, publicitat de la informació, observació i rendició de comptes.

4. L'accés a la justícia com a garantia dels drets socials[16].

Quan les obligacions en què consisteixen els drets queden insatisfetes, és a dir, quan les *garanties primàries* fallen o resulten insuficients, entren en joc les *garanties secundàries*. Es tracta de mecanismes destinats a assegurar el compliment de les obligacions esmentades, o bé, d'obligacions de *segon grau* destinades a reparar o sancionar possibles vulneracions als drets.

Així, un sistema de recursos judicials i administratius, accessibles i eficaços a disposició dels titulars dels drets (inclosos els drets socials), completa o tanca el model d'Estat (social) i democràtic de Dret.

Concretament, respecte als drets socials, el sistema de garanties (secundàries) quedaria integrat, en primer terme, pels òrgans administratius encarregats de supervisar el compliment de les disposicions legals i reglamentàries que els desenvolupen. En segon lloc, pels mecanismes pròpiament jurisdiccionals; és a dir, el control pels tribunals independents de l'adequada aplicació dels drets, i en cas de vulneració, de la seva reparació.

4.1. Les instàncies administratives.

En l'àmbit administratiu el control dels drets queda a càrrec, d'una banda, dels òrgans d'inspecció administrativa; de l'altra, dels òrgans de control extern (com les defensories del poble al conèixer les possibles vulneracions als drets socials per part de l'Administració)[17].

Certament, aquest sistema de recursos administratius no està, en principi, concebut en clau de drets, sinó que més aviat es tracta de procediments dissenyats per a controlar la legalitat dels actes.

Ara bé, donat que encara en alguns ordenaments –com el que deriva de la CE- les instàncies administratives constitueixen la principal i, en ocasions- fins i tot la única via de defensa dels drets socials, aquest sistema de garanties en cap cas pot quedar al marge dels criteris i estàndards de protecció propis de les instàncies expressament destinades a protegir drets fonamentals[18].

En aquest sentit, és necessari assegurar la vigència del dret al procés adequat també en l'àmbit dels òrgans administratius, considerant que és precisament aquí on es dirimeixen la major part de les adjudicacions de prestacions socials. Es tracta, en definitiva, d'incorporar l'enfocament dels drets als procediments

administratius relacionats amb prestacions (drets) socials, ja que fins ara, aquests procediments s'han sustentat, en bona mesura, en una lògica assistencial i de discrecionalitat política.

Això suposa a) regles clares per a l'actuació dels agents estatals, a fi d'evitar marges inadequats de discrecionalitat; b) la garantia d'audiència per a la determinació dels drets en joc; c) el dret a comptar amb una decisió fundada sobre el fons de l'assumpte i la garantia de la publicitat de les actuacions administratives; d) el dret al termini raonable del procés administratiu; e) el dret a la revisió judicial de les decisions administratives.

La garantia d'audiència, a la vegada, inclou a) el dret a ser assistit jurídicament; b) el dret a exercir una defensa i a disposar d'un termini raonable per a preparar els al·legats i formalitzar-los; c) el dret a disposar d'un termini raonable per a promoure i evacuar les proves corresponents; d) el dret a la notificació prèvia sobre l'existència mateixa del procés.

4.2. Els mecanismes jurisdiccionals.

Els mecanismes jurisdiccionals poden ser, a la vegada, ordinaris (tribunals especialitzats per matèria –civil, penal, social, contenciosa-administrativa) o especials (tribunals constitucionals).

Evidentment, també quan es tracta de processos dirigits a determinar drets socials en seu judicial, han d'operar criteris clars per a assegurar el procés adequat.

Donat que les relacions regulades pels drets socials solen pressuposar condicions de desigualtat entre les parts en conflicte (treballadors i ocupadors o Estat i beneficiari d'un servei social), resulta fonamental que prevalgui el principi d'igualtat d'armes, amb l'objectiu de contrarestar la possible situació de desavantatge i garantir un judici just.

Així mateix, caldrà garantir el dret al termini raonable del procés, que en els casos relatius a la determinació de drets socials, haurà d'explicar-se des de l'inici de les actuacions administratives, i no des de l'arribada del cas a l'etapa judicial. Existeixen criteris concrets a tenir en compte per a determinar la raonabilitat del termini: a) la complexitat de l'assumpte; b) l'activitat processal de l'interessat; c) la conducta de les autoritats judicials; d) la finalitat del procediment judicial respectiu; e) la naturalesa dels drets en joc.

També l'etapa d'execució de la sentència ha de ser considerada com a part integrant del procés, i en conseqüència, ha de ser contemplada a l'hora d'examinar la raonabilitat del termini en un procés judicial. En tot cas, l'òrgan encarregat d'administrar justícia haurà de conduir el procés de manera ràpida i àgil, i emetre amb celeritat una decisió fundada relativa al fons de l'assumpte.

Una qüestió addicional que hauria de tenir-se en compte per a consolidar la protecció judicial dels drets socials, és la garantia plena del dret a la tutela judicial efectiva en aquesta matèria. L'Estat doncs, està obligat a proporcionar un recurs judicial idoni que resulti senzill, ràpid i efectiu per a la salvaguarda d'aquests drets.

Igualment, hauran d'establir-se mesures processals que permetin el resguard immediat preventiu dels drets socials objectes de la controvèrsia, tot i que el fons de la qüestió exigeixi un anàlisi més prolongat. Com que la idea subjacent a aquesta tutela cautelar és que s'adoptin les provisions necessàries per la protecció immediata dels drets en joc a curt termini, la formalitat de la prova no ha de ser la mateixa que la que es demana en els processos ordinaris.

D'altra banda, donat que amb freqüència, els drets socials presenten una dimensió col·lectiva, caldria habilitar els mecanismes necessaris per assegurar un litigi d'aquestes característiques.

A més, tenint en compte els privilegis processals dels quals solen gaudir els òrgans de l'Estat – per exemple, el fet que els seus béns no puguin ser embargats-, haurà de quedar garantida l'observança de les disposicions judicials en el mínim de temps possible. En cas contrari, s'incorreria a una violació continuada del dret a la protecció judicial, ja que l'etapa d'execució de les sentències, com s'ha dit abans, s'ha d'entendre com a part integrant del dret a la tutela judicial efectiva. Per tant, no és possible justificar un retard prolongat en l'acatament de les decisions judicials que resguarden drets socials, al·legant simplement restriccions pressupostàries.

En tot cas, els requisits assenyalats només resultaran eficaços si realment es remouen els obstacles econòmics o financers que, encara avui, limiten seriosament un accés efectiu a la justícia. Un procés que suposi un cost excessiu per al seu desenvolupament és contrari a les garanties judicials; per tant, els recursos que es preveuen per a protegir drets socials –ja sigui davant d'òrgans administratius o davant d'instàncies judicials- no només han de ser ràpids i efectius, sinó també econòmics o assequibles.

En aquest sentit, la identificació de criteris més amplis o bé una interpretació més favorable dels criteris existents –per exemple, la disponibilitat de recursos per part de la persona afectada, la complexitat de les qüestions involucrades en el cas o la importància dels drets afectats-, adquireix rellevància per a determinar en quins casos és procedent l'assistència legal gratuïta.

Sens dubte, si quan es tracta de protegir drets socials l'accés a la justícia se cenyeix a aquestes exigències, constituirà un element clau per a la garantia d'aquests drets i la consolidació de l'Estat de Dret (i de drets).

A més, la possibilitat d'exigir judicialment els drets socials té un valor afegit en la mesura amb què contribueixi a desmuntar la tesi que aquests no constitueixen drets pròpiament o són, en tot cas, drets no justiciables o de tutela debilitada.

És a dir, la justiciabilitat com a garantia dels drets socials contribueix sens dubte a la configuració d'una *teoria unitària* –més complexa des del punt de vista de la seva estructura i de la interacció entre els seus elements- que reconegui una fonamentació comuna a tots els drets: la igual dignitat de totes les persones.

En qualsevol cas, és necessari que davant la concepció tradicional que limita la funció del jutge a la simple aplicació mecànica de la llei, els jutges actuïn com a autèntics garants dels drets socials. Per a això, en l'exercici de les seves funcions caldrà, d'una banda, passar comptes del caràcter normatiu de la Constitució, i en conseqüència, aplicar directament els drets amb independència que aquests hagin estat o no

desenvolupats posteriorment pel legislador. D'altra banda, en atenció als compromisos internacionals adquirits per l'Estat, caldrà aplicar els estàndards i els criteris més avançats en matèria de drets humans.

Així, si els jutges parteixen d'una comprensió adequada dels drets –assumint plenament la seva indivisibilitat, interdependència, igual jerarquia i eficàcia directa-, s'inserten en una estructura judicial suficient i operen amb els criteris adequats –accés ple i efectiu a la justícia, recursos adequats i eficaços, garantia de procés adequat a totes les instàncies- poden, sens dubte, ser considerats com a aliats en la protecció dels drets socials.

Ara bé, fins i tot si es compta amb un model ideal de justícia, la defensa dels drets socials exigeix aconseguir un equilibri raonable entre la indubtable contribució que suposa un activisme judicial que subratlli fortament les garanties, i el risc de judicialitzar la política en detriment del debat democràtic i de la participació ciutadana, elements indispensables per a consolidar definitivament aquests drets i fer-los efectius per als sectors socials fins ara exclosos.

5. La garantia dels drets socials en el pla internacional.

5.1. El desenvolupament de principis per a afavorir l'aplicació dels drets socials.

Certament, l'àmbit natural d'aplicació i protecció dels drets no es troba en el pla internacional, però, donada l'exclusió històrica que han patit els drets socials pel que fa al sistema de drets i garanties, s'han anat desenvolupant estratègies diverses en aquest àmbit per a consolidar-los i fer-los efectius.

En aquest sentit, ha estat determinant la tasca que ha estat desenvolupant el Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals de Nacions Unides (CDESC), que constitueix l'òrgan encarregat de supervisar la correcta aplicació del Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals (PIDESC) pels Estats Membres.

En principi, el CDESC ha reforçat l'eficàcia del Pacte mitjançant el desenvolupament de les seves Observacions Generals (OG), que constitueixen la interpretació autoritzada d'aquesta norma. A través d'aquests instruments, el Comitè ha clarificat tant les regles i principis generals en relació amb les obligacions derivades del PIDESC, com el contingut, sentit i abast dels drets aquí reconeguts.

En aquest context, ha quedat formulat un catàleg d'obligacions que els Estats estan obligats a complir respecte del conjunt dels drets, i que, sens dubte, ha afavorit l'adequada aplicació i eficàcia dels drets socials[19].

D'una banda, una sèrie d'obligacions genèriques de compliment immediat, que consisteixen, en primer terme i amb independència de quin sigui el nivell de desenvolupament d'un Estat, en el ple respecte de la prohibició de discriminació (article 2.2 PIDESC) en el reconeixement i aplicació dels drets socials.

En segon lloc, l'obligació que l'Estat adopti totes les mesures al seu abast, maximitzant els recursos disponibles, per a avançar *progressivament* cap a la plena realització d'aquests drets (article 2.1 PIDESC).

Ara bé, tot i que l'Estat té marge per a decidir sobre les mesures més apropiades i es reconeix que, donada la limitació dels seus recursos, pot no estar en condicions de satisfer plenament el conjunt dels drets socials de manera immediata, està obligat a donar passos concrets i consistents per a avançar en aquesta direcció, tan expeditament com li sigui possible, i en tot cas, a protegir a la població més vulnerable.

Tanmateix, l'Estat està obligat a satisfer almenys el contingut mínim de cada dret i a abstenir-se d'adoptar mesures deliberadament regressives (prohibició de *regressivitat*^[20]), excepte quan es pugui demostrar que aquestes s'han aplicat després d'un examen exhaustiu de totes les alternatives possibles, i que estan degudament justificades considerat el conjunt dels drets reconeguts al PIDESC i l'obligació d'utilitzar fins al màxim dels recursos disponibles.

D'altra banda, els Estats tenen obligacions específiques respecte de cada dret que es tradueixen en tres nivells bàsics: l'obligació de *respectar* exigeix a l'Estat adequar el sistema jurídic i totes les seves actuacions per a no obstaculitzar l'exercici dels drets; l'obligació de *protegir* als individus i als seus recursos davant de tercers (obligació que pren rellevància respecte dels drets socials, donat el control creixent dels poders privats sobre els recursos destinats a satisfer les necessitats bàsiques); l'obligació de *satisfer* els drets facilitant la seva realització plena o directament proporcionant mitjans per a això.

Adicionalment, els Estats estan obligats a assegurar l'accés a la informació, ja que només la publicitat i transparència dels actes de l'Administració poden garantir la participació oportuna de la societat en el debat públic i el control ciutadà de les polítiques.

L'Estat està igualment obligat a desenvolupar indicadors. El compliment d'aquesta obligació resulta fonamental respecte dels drets socials perquè facilita l'observança de les mesures que adopta l'Estat, i permet corroborar que existeixen avenços progressius i consistents en l'eficàcia d'aquests drets. Ara bé, la informació que proporcionen els indicadors permet no només avaluar el grau de compliment de cada dret i constatar els progressos, sinó també determinar les necessitats encara pendents i cap a la satisfacció de les quals cal orientar el disseny de nous plans i programes socials.

Els indicadors també poden explicar l'impacte que tenen realment les lleis, les polítiques i els programes, i advertir de vulneracions potencials als drets socials. En darrer terme, poden reforçar el debat públic sobre la forma en què cal administrar els recursos disponibles, i en aquesta mesura afavorir la rendició de comptes^[21].

Tanmateix, el desenvolupament d'indicadors juga un paper molt important en el pla internacional. De fet, el CDESC ha estat insistint en que aquesta informació constitueix un element clau en el desenvolupament de la tasca d'avaluació del compliment de les obligacions pels Estats Membres del PIDESC, a través dels informes que periòdicament els Estats li han de presentar.

Així, l'adequada aplicació dels esmentats principis i estàndards del Dret Internacional dels Drets Humans en l'àmbit intern, constitueix una via que afavoreix la consolidació dels drets socials com a autèntics drets fonamentals i, en conseqüència, la seva inclusió plena en el sistema (reforçat) de garanties.

5.2. El litigi estratègic.

Una altra de les vies que s'han assajat per a fer possible la justiciabilitat dels drets socials, és la seva reclamació per connexió amb altres drets judicialment exigibles. En efecte, tant en les esferes internacionals i regionals, com en l'àmbit nacional d'alguns Estats, s'han intentat litigis amb èxit relatiu que involucren drets socials, que invoquen, per exemple, la prohibició de la discriminació i el dret a la tutela judicial[22].

Certament, aquesta estratègia presenta limitacions evidents. D'una banda, perquè l'adopció d'una estratègia de defensa dels drets socials per connexió suposa, implícitament, reconèixer la no justiciabilitat directa d'aquests drets; de l'altra, perquè els seus efectes tenen abast, en principi, només per al cas jutjat, i addicionalment perquè en realitat són pocs els casos susceptibles de ser reformulats en termes de connectivitat.

No obstant, també és veritat que aquesta estratègia ha servit per a posar de manifest que els drets socials, igual que els civils i polítics, tenen dimensions clarament justiciables; així mateix, ha afavorit que alguns tribunals realitzin interpretacions de tendència més propera a les garanties dels drets socials, que, en darrer terme, van impregnant tot el sistema.

En definitiva, més enllà dels beneficis que la resolució favorable d'un cas concret que involucri drets socials tingui per al seu titular o titulars, amb el litigi estratègic es pretén aconseguir un impacte general en el sistema de drets, en l'administració de justícia i fins i tot en l'Estat de Dret[23].

5.3. El Protocol Facultatiu del PIDESC.

El 10 de desembre de 2008, coincidint amb la celebració del 60 aniversari de la Declaració Universal de Drets Humans, es va adoptar un Protocol Facultatiu destinat a crear un sistema de denúncies al CDESC per possibles violacions als drets consagrats al PIDESC[24].

Així, el Protocol habilita a les persones o a grups de persones que es considerin víctimes de violació per un Estat Membre, de qualsevol dels drets enunciats al PIDESC, a presentar comunicacions per a que siguin examinades pel Comitè que ha de dictaminar al respecte i, en aquest cas, emetre les recomanacions pertinents[25].

Això implica, per suposat, un important avenç en el reconeixement internacional i desenvolupament dels drets socials. L'entrada en vigor del Protocol obrirà una porta cap a la seva eficàcia i exigibilitat plena, i sobretot, adquirirà rellevància en la mesura en què incideixi en els ordenaments que fins ara han mantingut una concepció i una pràctica devaluades dels drets socials.

En efecte, els Estats hauran d'explicar en l'ordre intern del compromís que suposa ratificar el Protocol –és a dir, admetre que els drets socials són autèntics drets susceptibles de ser exigits- i adoptar un discurs coherent pel que fa als mateixos.

Fins ara, molts Estats –com és el cas de l'Estat espanyol-, han mantingut models constitucionals, desenvolupaments legals i pràctiques polítiques que es contradiuen expressament amb les posicions i compromisos concrets que adopten en l'àmbit internacional, pel que fa al reconeixement i a l'aplicació dels drets socials[26].

Tenint en compte que l'Estat espanyol ja havia ratificat el PIDESC a l'abril de 1977, la sola vigència d'aquest instrument havia de suposar l'adopció d'un sistema constitucional de drets més ampli i de garanties. O en tot cas, un desenvolupament posterior del model que estigués més d'acord amb els lineaments que anava marcant el CDESC, i que hagués trobat bases sòlides en el propi article 10 CE.

És possible que aquest doble discurs sigui, en part, conseqüència de les dificultats per a mantenir una comunicació fluïda i constant entre els diversos òrgans de l'Administració que, a la vegada, es desenvolupen en fòrums internacionals molt diversos. Però lo cert és que en les actuacions de l'Estat tant en l'esfera internacional com regional[27], com especialment en la política nacional, no hi hauria d'haver dubtes sobre les seves posicions al voltant del reconeixement i eficàcia dels drets.

Particularment, si es té en compte que durant la negociació del Protocol del PIDESC en matèria de denúncies, la delegació espanyola va mantenir una bona disposició per a aconseguir la seva aprovació i que, de fet, ha estat un dels vint Estats que van subscriure aquest instrument en la pròpia cerimònia en la què va quedar obert per la seva firma, es podria esperar que l'Estat espanyol mostri autèntica voluntat per a acatar les seves disposicions tant en l'àmbit internacional, com (i especialment) en l'àmbit intern que és, en última instància, l'àmbit natural de protecció dels drets.

En darrer terme, caldria apuntar que resulta igualment inadmissible que les obligacions que els Estats assumeixen en matèria de drets humans queden pràcticament sense efecte quan entren en contradicció amb els compromisos que adquireixen en l'àmbit del comerç internacional, i amb el rol que desenvolupen dins dels organismes financers internacionals.

Passa el mateix pel que fa a les obligacions en matèria de cooperació internacional. Els Estats incompleixen sistemàticament aquests compromisos[28]. I considerant que l'esquema de cooperació vigent presenta importants deficiències de per sí –està fundat sobre un model de desenvolupament exclouent, inequitatiu i insostenible, tant des del punt de vista medi ambiental com econòmic i social, es sustenta sobre relacions asimètriques de poder, està guiat pels interessos de les potències occidentals i de les empreses

transnacionals[29], involucra la imposició d'un model social occidentalitzat, i fins ara ha incorporat de forma deficient la perspectiva dels drets –la situació es torna intolerable per als milions d'éssers humans a qui encara els manca tot allò indispensable per a viure dignament.

En definitiva, els òrgans especialitzats, sobre tot en l'àmbit internacional, han generat informació, criteris i estàndards suficients que han habilitat vies possibles per al ple reconeixement, desenvolupament i garantia dels drets socials; alguns Estats ja estan assajant noves formes de fer-los efectius. Les pautes estan donades, ara falta que els agents polítics i econòmics col·loquin la satisfacció d'aquests drets com un tema prioritari en les seves agendes.

[1] Per a un desenvolupament minuciós d'aquests arguments des de la perspectiva crítica, veure PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, així com les reflexions de l'autor en aquest mateix volum.

[2] Un repàs al desenvolupament històric dels drets socials, a ABRAMOVICH, V. i COURTIS, C., *Los derechos sociales en el debate democrático*, Fundación Sindical de Estudios/Editorial Bomarzo, Madrid, 2006.

[3] Cf., FERRAJOLI, L., "Estado social y Estado de Derecho", y PISARELLO, G., "El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia", ambdós a *Derechos Sociales. Instrucciones de Uso*, V. Abramovich, M. J. Añón y C. Courtis (compls.), Colección Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, 2003.

[4] La terminologia és de L. Ferrajoli a *Derechos y garantías. La ley del más débil*, P. Andrés Ibáñez y A. Greppi (trad.), Trotta, Madrid, 1999.

[5] Se segueix aquí l'anàlisi sobre el nou paradigma constitucional llatinoamericà proposat per MONTAÑA PINTO, J., *Paradigma constitucional y derechos civiles y políticos en la Constitución de Venezuela*, de propera publicació.

[6] Ho reconeixen de manera explícita l'article 11.6 de la Constitució equatoriana i l'article 13.I i 13.III de la Constitució boliviana.

[7] Veure l'article 94 de la Constitució colombiana; l'article 22 de la Constitució veneçolana; l'article 11.7 de la Constitució equatoriana i l'article 13.II de la Constitució boliviana.

[8] Veure l'article 93 de la Constitució colombiana; l'article 23 de la Constitució veneçolana; l'article 424 de la Constitució equatoriana i l'article 13.IV de la Constitució boliviana.

[9] Veure els articles 5 i 13 de la Constitució colombiana; els articles 19 i 21 de la Constitució veneçolana; els articles 3.1 i 11.2 de la Constitució equatoriana i els articles 14.II i 14.III, a més dels preceptes destinats a protegir a grups concrets: dones, nenes i nens, persones grans, persones discapacitades, i particularment pobles i comunitats indígenes.

[10] Veure, l'article 86 de la Constitució colombiana; l'article 88 de la Constitució equatoriana; els articles 110 i 128 de la Constitució boliviana.

[11] Veure l'article 85 de la Constitució colombiana; l'article 23 de la Constitució veneçolana; l'article 11.3 de la Constitució equatoriana i l'article 109.I de la Constitució boliviana.

[12] Veure l'article 86 de la Constitució colombiana; els articles 27 i 31 de la Constitució veneçolana; l'article 88 de la Constitució equatoriana; l'article 109.I de la Constitució boliviana.

[13] Veure, entre altres, els articles 86, 228-233 i 254-257 de la Constitució colombiana; els articles 27, 253-261 i 267-270 de la Constitució veneçolana; 75, 167-170, 176 i 179-181 de la Constitució equatoriana i 178, 179 i 193-195 de la Constitució boliviana.

[14] Veure els articles 78-82 i 88-89 de la Constitució colombiana; els articles 26, 62, 280 i 281 de la Constitució veneçolana; els articles 57-59, 257, 397 i 403 de la Constitució equatoriana; els articles 135, 136, 218, 222, 304.II, 349.II, 394.III.

[15] Veure, per exemple, els articles 2, 40, 41, 78, 79, 103, 270, 318, 329, 330, 342 i 356 de la Constitució colombiana; els articles 62, 70, 119, 125, 128, 168, 178, 184, de la Constitució veneçolana; els articles 1, 61, 85, 95, 100, 204-210, 227, 248, 276, 279, 340, 395, 405, de la Constitució equatoriana i els articles 26, 193, 241, 242, 270, 309, 316, 343, 351, 352, 374, 378, de la Constitució boliviana, així com les referències a la participació ciutadana en els preceptes que consagren els diferents drets (salut, educació, seguretat social, medi ambient, etc.) i en els què es refereixen a col·lectius en risc d'exclusió.

[16] En aquest apartat se segueixen, en part, els criteris desenvolupats per la Comissió Interamericana de Drets Humans en l'informe *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, CIDH, setembre de 2007 (OEA/Ser.L/VII.129).

[17] Cf. PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada "desde abajo"*, de propera publicació; COURTIS, C., *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, México, 2009.

[18] Aquest criteri ha estat igualment assumit pel nou constitucionalisme llatinoamericà. Veure, per exemple, l'article 29 de la Constitució colombiana; l'article 49 de la Constitució veneçolana; l'article 76 de la Constitució equatoriana i l'article 180 de la Constitució boliviana.

[19] Veure, Observación General No. 3 sobre *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (paràgraf 1 de l'article 2 del Pacto)*: Documento E/1991/23; Observación General No. 9, *La aplicación interna del Pacto*, Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Documento E/C.12/1998/24.

[20] Sobre l'aplicació pràctica d'aquest principi, veure, VV. AA., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, C. Courtis (compl.), CEDAL-CELS, Buenos Aires, 2006.

[21] Sobre la importància dels indicadors, veure, per exemple, l'Informe del PNUD sobre Desenvolupament Humà 2000, Capítol 5.

[22] Podem trobar abundants exemples sobre aquesta estratègia a COURTIS, C., *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability*, Human Rights and Rule of Law, International Commission of Jurists, Series, No. 2, Ginebra, 2008; PISARELLO, G., *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003.

[23] Sobre aquesta qüestió veure, entre altres, VV. AA., *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*, F. Sánchez (coord.), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2007.

[24] Resolució de l'Assemblea General de Nacions Unides, A/C.3/63/L.47.

[25] Un anàlisi detallat del Protocol a COURTIS, C., *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y Comisión Internacional de Juristas (CIJ), Ginebra, 2008.

[26] Cal esmentar aquí, per exemple, la política de vivenda que ha mantingut l'Estat espanyol i que està clarament en contradicció amb els lineaments marcats tant pel CDESC en virtut de les normes emanades del PIDESC, com per altres òrgans especialitzats com la Relatoria especial de Nacions Unides en matèria de vivenda; òrgan que, específicament, va fer recomanacions a l'Estat espanyol després de la seva visita el mes de novembre de 2006 (veure, Document A/HRC/4/18/Add.3).

[27] En l'àmbit del Consell d'Europa, Espanya no ha ratificat encara la Carta Social Europea revisada (1996) que, malgrat les seves limitacions tant pel que fa al catàleg de drets com al sistema de protecció, té una relativa incidència i és, en tot cas, l'instrument regional més important en matèria de drets socials.

[28] Els experts estimen que també els Objectius de Desenvolupament del Mil·lenni (ODM) de Nacions Unides, que representaven la renovació del compromís dels Estats amb l'eradicació de la pobresa, quedaran incomplets quan es compleixi el termini marcat per la Declaració (2000-2015).

[29] Veure, per exemple, ORTÍZ-ARCE, A., "Globalización y periferia. En torno a la deslocalización, el *dumping* social y la corrupción en las relaciones entre empresas multinacionales y países menos desarrollados", en VV. AA., *Globalización y Derecho. Una aproximación desde Europa y América Latina*, J. Lima, E. Olivas y A. Ortiz-Arce (coords.), Dilex, Madrid, 2007, pp. 533-546.