

Gerardo Pisarello, *LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS GARANTÍAS. ELEMENTOS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, 140 pp.

por Carolina Silva*

El jurista italiano Luigi Ferrajoli, catalogado como uno de los teóricos del derecho más importantes en la actualidad,¹ sostiene que la constitucionalización de los derechos sociales es una de las conquistas más importantes de la civilización jurídica y política del siglo pasado.² Sin embargo, este autor señala que los derechos sociales –como el derecho a la salud, a la educación o a la seguridad social– han sido objeto de ataques y restricciones crecientes al catalogarlos como *no coercibles* y por lo tanto *no justiciables*.³ Ferrajoli mantiene también, que los derechos sociales per-

manecen, en lo que respecta a la forma jurídica, como simples proclamaciones de principio desprovistas de garantías efectivas.⁴

Las debilidades de los derechos sociales, como apunta Ferrajoli, son los aspectos que han generado mayor debate respecto del estatuto jurídico y político de estos derechos, y que de diversas formas, han propiciado su desvalorización. Precisamente, alrededor de las tesis, perpetúan a estos derechos a una *minoría de edad* en relación con los derechos civiles y políticos, sobre las que el jurista español Gerardo Pisarello⁵ profundiza en su obra: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*.

Este tratadista indica que el reconocimiento positivo de los derechos sociales está lejos de haberlos convertido en expectativas plenamente exigibles frente al poder, o en instrumentos aptos para asegurar las necesidades básicas y la autonomía de sus destinatarios. Pisarello sustenta esta afirmación en el reconocimiento de que,

* Asistente jurídica de la Subsecretaría de Coordinación Jurídica, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador.

1. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, “Luigi Ferrajoli y la Modernidad Jurídica”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, eds., *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 11.

2. Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 9.

3. *Ibid.*, p. 9.

4. Luigi Ferrajoli, “Estado Social y Estado de Derecho”, en Víctor Abramovich y Christian Courtis, comps., *Derechos Sociales Instrucciones de Uso*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 12.

5. Gerardo Pisarello es Doctor en Derecho, profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Barcelona y vicepresidente del Observatorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Además es autor de diversos ensayos sobre constitucionalismo y derechos sociales.

pese a que la vulneración de los derechos sociales obedece sobre todo a las desigualdades de poder existentes en la sociedad, se explica también por la *percepción devaluada* que se tiene de ellos en relación con otros derechos fundamentales.

Para explicar la percepción devaluada de los derechos sociales, el jurista español estudia de manera crítica los argumentos de las tesis que sustentan la *debilidad* de los derechos sociales en relación a los derechos civiles y políticos, en cuatro niveles discursivos: el de historia de los derechos, de filosofía normativa, de teoría jurídica y de dogmática constitucional. Finalmente, el autor razona sobre los elementos necesarios para repensar en sus garantías políticas y jurídicas desde una perspectiva democrática y participativa.

En la *Crítica de la percepción histórica* Pisarello analiza la tesis que sostiene que los derechos sociales son generacionalmente posteriores a los derechos civiles y políticos. No obstante, señala el autor, es desacertada la apreciación de que los derechos sociales se reconocieron una vez satisfechos los civiles y políticos, en la medida en que esta idea “se asienta en presupuestos que tienden a ser restrictivos, excluyentes y deterministas y a justificar, en último término, una protección devaluada de los derechos sociales”.⁶

Para justificar la crítica a la lectura generacional de los derechos, Pisarello aborda el análisis histórico desde tres perspectivas: la tesis del reconocimiento tardío, la tesis del reconocimiento lineal y la tesis del reconocimiento universal de los derechos sociales. Desde estas tres posiciones, el autor realiza un examen complejo de la historia de los derechos.

Por un lado, mantiene que la lectura generacional, al reducir los derechos sociales como generacionalmente posteriores a los civiles y políticos, minimiza una larga y compleja historia de reivindicación de los mismos. No obstante, esta historia permite comprender la existencia de políticas sociales discrecionales y coyunturales, paralelamente a la exigencia de los derechos sociales, en un contexto en el cual estas políticas conservadoras y preventivas determinaron el reconocimiento limitado no solo de derechos sociales, sino inclusive de derechos civiles y políticos.

En segundo lugar, manifiesta que el relato generacional no permite apreciar el carácter simultáneo y complementario de las reivindicaciones de los derechos civiles, políticos y sociales, y además, tiende a relegar a un segundo plano las diferentes vías, escalas y sujetos ligados a la exigibilidad de los derechos sociales, así por ejemplo, cuando invisibiliza las vías institucionales y extra institucionales, la escala

6. Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 19.

local, estatal, y supra estatal, así como la condición social o sexual de los sujetos involucrados en la reivindicación de su exigibilidad.

Consecuentemente, la tesis del reconocimiento generacional de los derechos, revela una historia formalista que no muestra que los derechos sociales, lejos de ser el producto de una evolución armónica e inevitable, son más bien el resultado de procesos distintos que no siempre tuvieron las mismas consecuencias, y que en todo caso “fueron siempre conquistas precarias, nunca garantizadas de una vez y para siempre y expuestas, por consiguiente, a un destino abierto de avances o retrocesos”.⁷

En la *Crítica de la percepción filosófico normativa* el autor examina la tesis de los derechos sociales como derechos axiológicamente subordinados a los derechos civiles y políticos. Pisarello afirma que esta perspectiva es confusa, puesto que se asienta sobre prejuicios ideológicos y sobre inconsistencias discursivas.

Para argumentar esta crítica Pisarello explica, en primer lugar, cómo la supuesta subordinación parte de la categorización de los derechos fundamentales en virtud de su fundamento axiológico. Así, los derechos civiles y políticos se fundamentan en bienes supuestamente *más importantes* como las libertades mientras que los derechos sociales se adscriben al valor de la igualdad.

En este sentido, Pisarello replica aseverando que la fundamentalidad axiológica de todos los derechos se remite al principio de igualdad, “todos los derechos civiles, políticos y sociales, pueden fundamentarse en la igual satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas y, con ello, en su igual dignidad, libertad, seguridad y diversidad”.⁸

Por esto analiza prolijamente acerca del objeto de la igualdad y esquematiza tres posiciones: la tesis de los derechos sociales como derechos de igualdad y no de dignidad; la tesis de los derechos sociales como derechos de igualdad y no de libertad y finalmente la tesis de los derechos sociales como derechos de igualdad y no de diversidad.

Pisarello concluye este análisis explicando cómo en el actual contexto en el que se mercantilizan diversas esferas de la vida, ciertamente es difícil distinguir qué implica la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, pero al mismo tiempo, se revela la necesidad de pensar en todos los derechos humanos como derechos de *libertad contenida*, es decir, como límites a la libertad tanto personal como

7. *Ibíd.*, p. 36.

8. *Ibíd.*, p. 38.

colectiva, en cuanto esta limitación garantiza la sostenibilidad de los intereses básicos de todas las personas.

Esta premisa permite esgrimir un argumento a favor de un fundamento común para todos los derechos fundamentales, “la satisfacción de todos ellos, sean civiles, políticos, sociales o culturales, podría considerarse ligada, de igual manera, a valores y principios como la solidaridad, la dignidad, la libertad, la seguridad o el pluralismo”.⁹

En la *Crítica de la percepción teórica*, Pisarello estudia la tesis de los derechos sociales como derechos estructuralmente diferentes a los civiles y políticos. Esto significa admitir, en el plano de la abstracción teórica, que los derechos civiles y políticos son derechos negativos, no onerosos y de fácil protección, mientras que los derechos sociales serían derechos positivos, costosos y condicionados en su realización a las posibilidades presupuestarias del Estado. Además, los derechos sociales aparecen como indeterminados, en la medida en que no especifican cuál es la conducta a la que obligan, ni quiénes son los sujetos obligados.

El jurista español indica que en esta percepción de los derechos sociales confluyen argumentos históricos, axiológicos y dogmáticos, que en realidad propugnan prejuicios ideológicos que pueden aplicarse a todos los derechos fundamentales, y por lo tanto, son argumentos susceptibles de refutación.

En primer lugar, objeta la tesis de los derechos sociales como derechos prestaciones y costosos, indagando en el mito de la diferencia entre derechos a partir de su correspondencia con obligaciones negativas y positivas. Posteriormente, cuestiona la tesis de derechos sociales como vagos e indeterminados, partiendo de la constatación de que un grado de indeterminación y de vaguedad semántica es un rasgo inherente al lenguaje jurídico, y en cierto modo, necesario frente a los desafíos del pluralismo político, en el cual, una regulación detallada del contenido y de las obligaciones que se derivan de los derechos entrañaría cerrar el espacio de discusión democrática en torno a su alcance.

Por otro lado, Pisarello arguye en contra de la tesis que sostiene que los derechos sociales son derechos específicos de dimensión colectiva, en oposición a los derechos civiles como derechos abstractos de dimensión individual. Para esto, ejemplifica diversos casos en los cuales se proyecta la dimensión individual y colectiva de los derechos para aseverar que se debe pensar en ambas categorías de derechos “tanto en su vertiente personal como colectiva, como derechos potencialmente universales y como derechos específicos vinculados a grupos concretos”.¹⁰

9. *Ibíd.*, p. 57.

10. *Ibíd.*, p. 75.

Finalmente, en la *crítica de la percepción dogmática* el autor examina la tesis de los derechos sociales como derechos de tutela debilitada en relación a los derechos civiles y políticos, es decir, que no se los considera auténticamente derechos fundamentales, puesto que no cuentan con garantías o mecanismos de protección similares a los que se asignan a los derechos civiles y políticos.

Para examinar esta posición, Pisarello aborda tres enfoques: la tesis de los derechos sociales como derechos no fundamentales, la tesis de los derechos sociales como derechos de configuración legislativa y la tesis de los derechos sociales como derechos no justiciables.

En un primer momento, realiza un análisis escrupuloso respecto de las distintas vías en que los derechos sociales pueden encontrarse protegidos, ya sea por su reconocimiento o por vías interpretativas a través de otros derechos. Esta primera aseveración le permite al autor pasar a examinar las tensiones que pueden generar la posibilidad de que la justiciabilidad de los derechos sociales, en el momento en que los jueces y tribunales decidan sobre temas tradicionalmente considerados como competencia única del legislador.

Posteriormente Pisarello, mediante la ejemplificación de diversos casos, explica ampliamente las maneras en que se han hecho justiciables obligaciones derivadas de derechos sociales, profundizando en las distintas vías por las que jueces y tribunales han optado y los grados de protección alcanzados.

Luego de ofrecer elementos para abordar el problema de la justiciabilidad de los derechos sociales en el contexto de su exigibilidad judicial, Pisarello pone en evidencia cómo la tutela judicial puede ser un instrumento para hacer efectivos los derechos sociales, cuando los espacios políticos resultan ineficientes e insuficientes. Por lo tanto, lanza la posibilidad de que los espacios jurisdiccionales de los derechos sociales puedan concebirse como terrenos de participación y disputa política de las luchas sociales de las personas más vulnerables.¹¹

Finalmente, una vez estudiada e impugnada cada tesis que, como se dijo con anterioridad, sustenta la debilidad de los derechos sociales en relación a los derechos civiles y políticos en cuatro niveles discursivos: histórico, filosófico, teórico y dogmático, Pisarello concluye su obra con una propuesta para la reconstrucción de las garantías de los derechos sociales, que como él la llama es “democrática, participativa y multinivel”.

Para justificar su propuesta, Pisarello desarrolla un objetivo que es transversal a todos sus postulados: la democratización de la tutela de los derechos fundamenta-

11. *Ibid.*, p. 110.

les. De ahí que analice la función de los poderes públicos en la garantía de los derechos sociales, la división entre garantías políticas y jurisdiccionales y la función de la participación social en la garantía de estos derechos. La propuesta de Pisarello se convierte entonces en un intento de consolidar la lógica garantista de la protección de los *más débiles*.

Como ya lo manifestó Luigi Ferrajoli, una de las debilidades de los derechos sociales es teórica, puesto que en el Estado social no se elaboró una teoría del derecho que produjera una estructura institucional específicamente idónea para garantizar los derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado.¹² En este contexto, la obra de Gerardo Pisarello constituye un aporte valiosísimo para superar la debilidad teórica de los derechos sociales de la que hablaba Ferrajoli, en la medida en que desvanece, mediante un análisis claro y con bases teóricas y empíricas, las posiciones que han pretendido consagrar los derechos sociales como derechos no fundamentales, y por lo tanto, como derechos no exigibles.

Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción de Gerardo Pisarello es un elemento clave en el estudio de los derechos humanos, ya que permite indagar en los debates que se han forjado alrededor de la división entre derechos civiles y sociales. Una visión clara de las tesis que respaldan sus divergencias como de las tesis que las refutan y abogan por su indivisibilidad e interdependencia, resulta indispensable para profundizar en los desafíos del reconocimiento y protección de todos los derechos humanos.

Además, este libro constituye una herramienta importante para quienes, como bien lo sostiene Pisarello, poseen una *sensibilidad igualitaria*, en cuanto defienden la caracterización de los derechos sociales como derechos de las personas más desaventajadas de la sociedad, cuyo acceso a los recursos suele ser residual y hasta inexistente.

12. Luigi Ferrajoli, "Estado Social y Estado de Derecho", en Víctor Abramovich y Christian Courtis, comps., *Derechos Sociales Instrucciones de Uso*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 12.