
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

La protección judicial de los derechos sociales

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría
Editores



Néstor Arbo Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929, Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593) 2 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Tatiana Hidalgo Rueda
Nicole Pérez Ruales

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Guillermo Fernández-Maldonado Castro
Esther Almeida Silva
Jacqueline Carrera Ojeda
Christel Drapier
Sergio Rubio

Corrector de estilo:

Miguel Romero Flores (09 010-3518)

ISBN: 978-9978-92-751-9

Derechos de autor: 031982

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores*

Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador

1ra. edición: octubre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica</i> , Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Presentación	ix
<i>José Manuel Hermida</i> , Coordinador Residente del sistema ONU en Ecuador	
Introducción	xiii
I. Conceptos generales	
Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales	3
<i>Victor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”	31
<i>Gerardo Pisarello</i>	
Eficacia de la Constitución y derechos sociales, esbozo de algunos problemas	55
<i>Miguel Carbonell</i>	
II. Derechos específicos	
El derecho a la alimentación como derecho justiciable	91
<i>Christian Courtis</i>	
La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos	117
<i>Christian Courtis</i>	
El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos: las observaciones generales de la ONU	173
<i>Miguel Carbonell</i>	
Notas sobre la justiciabilidad del derecho a la vivienda	191
<i>Christian Courtis</i>	

III. Experiencias nacionales

La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias.....	203
<i>Víctor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de de Brasil de 1988	241
<i>Ingo Wolfgang Sarlet y Mariana Filchtiner Figueiredo</i>	
La jurisdicción social de la tutela en Colombia.....	301
<i>Rodolfo Arango Rivadeneira</i>	
Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia	321
<i>César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco</i>	
El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina.....	375
<i>Diego López Medina</i>	
Los derechos económicos, sociales y culturales en Costa Rica	417
<i>Carlos Rafael Urquilla Bonilla</i>	
Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos	451
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
El experimento de Sudáfrica con los derechos socio económicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?	479
<i>Danie Brand</i>	

IV. La protección judicial de los derechos sociales en Ecuador

Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano	543
<i>Ramiro Avila Santamaría</i>	
Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección	577
<i>Carolina Silva Portero</i>	
La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana	617
<i>Pablo Alarcón Peña</i>	

Nota biográfica de los autores y autoras.....	679
---	-----

Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”¹

Gerardo Pisarello

Introducción. 1. Las garantías sociales como garantías indirectas de participación institucional. 1.1. Las garantías de participación social en la tutela constitucional de los derechos sociales. 1.2. Las garantías de participación social en la tutela legislativa de los derechos sociales. 1.3. Las garantías de participación social en la tutela administrativa de los derechos sociales. 1.4. Las garantías de participación social en la tutela jurisdiccional de los derechos sociales. 2. Las garantías sociales como garantías extra-institucionales. 3. Conclusiones.

Introducción

En las aproximaciones jurídicas tradicionales, la cuestión de las garantías de los derechos aparece como una cuestión principalmente institucional. Las garantías, en efecto, se presentan ante todo como técnicas de protección de los derechos puestas en marcha por instituciones o poderes públicos. Es en este sentido que suele hablarse, por ejemplo, de garantías legislativas o judi-

1 Este artículo retoma y desarrolla algunas cuestiones concretas apuntadas en un trabajo de alcance más amplio: *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

ciales. Este punto de vista resulta fecundo en la medida en que permite dar cuenta de la naturaleza institucional, cuando no estatal, de los fenómenos jurídicos contemporáneos. Sin embargo, presenta algunos límites. El más evidente es que relega a un segundo plano o directamente excluye a los actores o sujetos no estrictamente institucionales. En el ámbito de los derechos, esta perspectiva es especialmente problemática. Ante todo, porque suele ocultar una paradoja inherente a la propia noción de derechos. Los derechos, en efecto, pretenden actuar como límites y como vínculos al poder. No obstante, es el propio poder, las instituciones públicas, quienes tienen a su cargo la tarea de garantizarlos.

Algunos autores han pretendido superar esta paradoja sosteniendo que la protección de los derechos comporta un ejercicio de auto-limitación institucional². El razonamiento es ingenioso. No obstante, pasa por alto un hecho evidente: la limitación o la vinculación del poder que implica la garantía de un derecho rara vez es una operación autónoma. Históricamente, ha sucedido más bien lo opuesto. El poder sólo se disciplina como consecuencia de actos externos que lo hetero-limiten. Así las cosas, resulta evidente que no hay tutela de los derechos sin instituciones obligadas a garantizarlos. Pero no hay instituciones obligadas en ausencia de sujetos capaces de obligar. Por eso los derechos, sobre todo cuando comportan límites o vínculos incisos al ejercicio del poder, son conquistados más que simplemente concedidos. Y si no son conquistados suelen permanecer como letra muerta.

El estatuto debilitado de los derechos sociales en los ordenamientos contemporáneos se explica, en buena medida, por esta realidad. La llamada crisis del estado social, así como la progresiva pérdida de normatividad de derechos sociales constitucionalmente reconocidos, resultaría ininteligible sin tener en cuenta el debilitamiento de los sujetos encargados de exigirlos.

Esta realidad justifica abordar la cuestión de las garantías de los derechos desde otra perspectiva. No sólo ni tanto como un fenómeno institucional, estatal, sino como un fenómeno social, ciudadano. Con ese fin cabría distinguir, precisamente, entre garantías institucionales y garantías sociales de los derechos. Las garantías institucionales serían aquellas técnicas de protección de los derechos encomendadas a órganos institucionales, como el legis-

2 El ejemplo clásico es el de G. Jellinek y el de buena parte de la ius-publicística alemana de finales del siglo XIX.

lador, la administración o los jueces. Las garantías sociales, en cambio, serían aquellas técnicas de tutela de los derechos confiadas a los propios destinatarios de los mismos, es decir, a los ciudadanos, individual o colectivamente considerados, o, en general, a todas las personas³.

Un punto de vista de este tipo, naturalmente, no llevaría a establecer una distinción tajante entre uno y otro tipo de garantías, sobre todo en el plano práctico. Muchas garantías sociales, de hecho, se traducen en formas de participación ciudadana en la configuración de las garantías instituciones de los derechos. Otras veces, en cambio, la garantía social de un derecho comporta la autotutela directa de los bienes o recursos que dicho derecho protege.

Lo que la idea de garantía social pretende destacar, en cualquier caso, es el mayor o menor margen otorgado a la participación de los destinatarios de los derechos en su conquista y protección. Este punto de vista puede resultar útil por diferentes razones. Por un lado, es un criterio básico para entender la eficacia del sistema de garantías en un ordenamiento concreto. En el caso de los derechos sociales, como ya se ha indicado, su pérdida de capacidad normativa en la crisis del estado social resulta inexplicable al margen de la pérdida de capacidad participativa de los sujetos interesados en su protección. Por otra parte, el papel otorgado a las garantías sociales es un criterio esencial para evaluar la legitimidad democrática de un ordenamiento jurídico. Un ordenamiento será más o menos democrático, en efecto, en la medida en que ofrezca a los destinatarios de los derechos mayores espacios de participación –tanto institucional como extra-institucional– en la configuración de su contenido y alcance.

A diferencia de las aproximaciones simplemente estatistas, “desde arriba”, una perspectiva social, “desde abajo”, permite contemplar los conflictos ligados a la protección de los derechos desde coordenadas diferentes

3 La noción de garantía social aparece ya en la declaración que precede a la constitución jacobina de 1793. Según su artículo 23, la garantía social consiste en “la acción de todos para garantizar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos”. En la doctrina contemporánea, recupera esta noción L. Ferrajoli, *Derecho y Razón*, trad. de P. Andrés Ibañez *et. al.*, Trotta, Madrid, 2006, p. 944. También la utilizan, en una perspectiva muy similar a la utilizada aquí, V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Fundación Sindical de Estudios, Editorial Bomarzo, Madrid, 2006; y *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2006.

a las tradicionales. No ya como un simple conflicto entre poderes institucionales (entre el poder legislativo y el ejecutivo; o entre el poder legislativo y el judicial) sino, de manera especial, como un problema de participación y de movilización ciudadana, dentro y fuera de los espacios institucionales⁴.

El objetivo de las páginas que siguen es aplicar estos razonamientos a un ordenamiento concreto: el español. En comparación con otros estados europeos, el español no ha gozado nunca ni de un Estado social desarrollado ni de mecanismos avanzados de participación ciudadana⁵. Es más, la crisis del Estado social y su agudización han transcurrido paralelas a la andadura misma del sistema constitucional concebido en la transición hacia la monarquía parlamentaria. Como consecuencia de ello, la doctrina ha identificado con frecuencia la garantía de los derechos sociales con prestaciones que los poderes públicos pueden otorgar en un marco de amplia discrecionalidad. En esta imagen dominante, los derechos sociales se presentan como concesiones institucionales más o menos arbitrarias y en todo caso revocables de acuerdo a las opciones del poder político de turno.

Una perspectiva “desde abajo” permite, en cambio, ofrecer un cuadro más complejo y exigente de esta cuestión. Ante todo, contribuye a poner de manifiesto los riesgos paternalistas y excluyentes inherentes al punto de vista exclusivamente institucional. Contemplados “desde abajo”, en efecto, los derechos sociales no aparecen como simples derechos a prestaciones estatales sino como auténticos derechos de participación en la realización de dichas prestaciones. O si se prefiere, como derechos a participar de manera informada en la configuración, tanto de las prestaciones estatales, como de otras formas de satisfacción de los bienes y recursos que los derechos sociales tutelan. Los derechos sociales, en definitiva, no serían sólo derechos de igualdad sino también derechos de libertad, es decir, de-

4 Inspirándose en el trabajo de historiadores como R. Guha, esta idea de contemplar el derecho desde abajo ha sido sugestivamente desarrollada por G. Rajagopal en el ámbito del derecho internacional. Vid. *El derecho internacional desde abajo*, trad. de Carlos Morales de Setién, ILSA, Bogotá, 2005. Puede verse una aproximación similar en B. Sousa Santos y C. Rodríguez (eds.) *El derecho y la globalización desde abajo*, Anthropos-UAM, Barcelona, 2007.

5 Para una justificación de esta afirmación, puede verse, por ejemplo, V. Navarro, *Bienestar insuficiente, democracia incompleta*, Anagrama, Barcelona, 2002; y *El subdesarrollo social de España. Causas y consecuencias*, Anagrama, Barcelona, 2006.

rechos ligados a la preservación de la autonomía individual y colectiva de sus destinatarios.

La idea de este trabajo es que un ejercicio analítico de este tipo puede arrojar una luz diferente sobre la función de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico español. Puede, por ejemplo, ayudar a entender por qué los derechos sociales tienen un estatuto debilitado en relación con otros países europeos. Y puede contribuir a pensar algunas líneas de actuación que permitan superar esa situación mejorando las garantías de los derechos sociales y profundizando los mecanismos de participación social en las mismas.

1. Las garantías sociales como garantías indirectas de participación institucional

Las garantías sociales de los derechos pueden asumir, como ya se ha apuntado, diferentes formas. Pueden presentarse como garantías directas de autotutela de los derechos, pero también como garantías indirectas de participación en las instituciones.

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos suelen encomendar la tutela de los derechos, ante todo, a las instituciones legislativas, administrativas o judiciales. Pero esta tutela no se construye en el vacío. Una perspectiva "desde abajo" requiere saber de qué manera los destinatarios de los derechos participan en la configuración de las decisiones institucionales que pretenden tutelarlos. Esta indagación, como ya se ha señalado, no puede sino ser una indagación acerca de la calidad democrática del propio ordenamiento.

1.1. Las garantías de participación social en la tutela constitucional de los derechos sociales

Con frecuencia, cuando se habla de garantías institucionales de los derechos se piensa en una serie de técnicas de intervención encomendadas a los diferentes poderes constituidos, desde el poder legislativo y el ejecutivo a los jueces ordinarios o al tribunal constitucional. El diseño de estas garantías, sin embargo, viene condicionado por una garantía previa, la garantía constitu-

cional. La garantía constitucional está relacionada con la forma en que el poder constituyente, o si se prefiere, el legislador constituyente, recoge los derechos en la constitución.

Desde la perspectiva aquí mantenida, lo que interesa es determinar en qué medida los destinatarios de los derechos sociales han participado o pueden participar en su consagración constitucional. La primera es una cuestión histórica. Permite indagar las razones del contenido y alcance de los derechos en la constitución originaria. La segunda es una cuestión jurídica. Permite entender cómo y con qué participación social se podría reformar ese contenido.

Como es sabido, el momento histórico de aprobación de una constitución condiciona de manera clara el reconocimiento de derechos. Las constituciones liberales del siglo XVIII, por ejemplo, no suelen recoger derechos sociales, una presencia que sólo se generaliza después de la Segunda Guerra Mundial del siglo XX. La Constitución española (en adelante, CE) de 1978 pertenece a esta ciclo de constitucionalismo social. Sin embargo, fue aprobada en un contexto singular: los inicios de la crisis del llamado estado social. Esta coyuntura explica, en parte, la decisión del constituyente de consagrar la mayoría de derechos sociales en un capítulo específico y separado del resto de derechos, el de los principios rectores, y de otorgarles un sistema de garantías más débil que al resto de derechos⁶. Si bien esta vía de positivización no puede deslindarse del contexto objetivo en que fue aprobada la constitución, tampoco puede explicarse al margen de la ausencia histórica de garantías sociales robustas en la elaboración de la misma. La determinación del contenido constitucional de los derechos, incluidos los derechos sociales, fue el resultado, más que de una amplia participación social, de un acuerdo entre las élites de los partidos que protagonizaron la transición del régimen franquista a la monarquía parlamentaria. No se votó una asamblea constituyente en sentido estricto, muchas fuerzas políticas y sociales no tuvieron representación adecuada en el debate constituyente y la participación, en realidad, se

6 Por un lado, los derechos sociales quedan deliberadamente excluidos de algunas garantías institucionales reconocidas a otros derechos constitucionales (artículo 53.3, CE). Por otro, gozan de un grado de rigidez inferior (artículo 167, CE) al de los derechos considerados fundamentales por la doctrina mayoritaria y por el tribunal constitucional.

limitó a un pronunciamiento del tipo todo o nada en el referéndum de ratificación⁷.

No es fácil determinar en qué medida los límites del proceso constituyente pudieron incidir en la debilitada consagración constitucional de los derechos sociales. En todo caso, estos límites se proyectan sobre las propias previsiones de participación ciudadana en materia de reforma constitucional. De acuerdo con la CE, la ciudadanía no goza de iniciativa directa de reforma (artículo 166 CE). Sólo puede instarla a través de sus representantes parlamentarios⁸. Y tratándose de modificaciones que afecten al núcleo de los derechos sociales constitucionales, sólo podría intervenir en el referéndum final de la reforma si así lo solicitara 1/10 parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras (artículo 167 CE). En los casi treinta años de vigencia del texto constitucional, han existido diferentes propuestas de reforma del mismo. Ninguna propuesta relevante, sin embargo, ha tenido por objetivo revisar el papel debilitado que los derechos sociales ocupan en la CE⁹.

1.2. Las garantías de participación social en la tutela legislativa de los derechos sociales

Después de la garantía constitucional, la garantía institucional por excelencia de los derechos recogidos en la constitución es la garantía legislativa. Por el vínculo que se le presume con el principio democrático y por su potencial

7 Referéndum que en algunas zonas del estado, como en el País Vasco, arrojó altos índices de abstención.

8 En el derecho comparado hay ejemplos en sentido contrario. En Suiza, por ejemplo, puede impulsarse una iniciativa popular de reforma constitucional si se reúnen 100.000 firmas de ciudadanos con derecho a voto (artículos 120 y 121). En el caso español, algunas Comunidades Autónomas han incorporado este tipo de iniciativa para reformar sus Estatutos. Según el Estatuto de Autonomía de Cataluña una iniciativa popular de reforma estatutaria exige la concurrencia de 300.000 firmas de ciudadanos de Cataluña con derecho a voto (artículo 222).

9 La ausencia de cuestionamiento público al reconocimiento constitucional de los derechos sociales ha permitido presentar como corolario "técnico" lo que en rigor es una opción jurídica y políticamente discutible: la consideración de estos derechos como simples principios rectores y como derechos no fundamentales. Esta percepción de los derechos sociales como derechos debilitados sólo ha sido revisada parcialmente con las recientes reformas estatutarias, que han optado por una línea de consagración más cercana a la indivisibilidad entre derechos y al establecimiento de un sistema común de garantías para todos ellos.

alcance general, la ley puede considerarse la garantía institucional primaria de los derechos, incluidos los derechos sociales. Las leyes suelen ser el instrumento jurídico idóneo para obtener los recursos necesarios para emprender políticas sociales, como ocurre con la legislación tributaria o con la legislación expropiatoria; para decidir las prioridades en su asignación, como es el caso de la ley de presupuestos; o para determinar derechos y obligaciones concretas para los particulares en ámbitos específicos, como ocurre, pongamos con caso, con las leyes laborales, educativas, sanitarias, habitacionales o agrarias.

Naturalmente, la principal garantía de participación ciudadana en la elaboración de las leyes que tutelan derechos es la elección de los futuros legisladores. A través del sufragio, los destinatarios de los derechos sociales pueden elegir (o no elegir) aquellas opciones políticas favorables (o no favorables) a un determinado desarrollo legislativo de los mismos. Esta garantía puede ser más o menos amplia. Puede operar en diversas escalas (estatal, sub-estatal, local), su ejercicio puede ser más o menos frecuente, se puede conceder a todos los ciudadanos o, tendencialmente, a todas las personas¹⁰, y puede incluir, o no, la posibilidad de revocar a los representantes que incumplan lo estipulado en el “contrato electoral”¹¹.

Las garantías electivas, en todo caso, son garantías claramente insuficientes de los derechos. Por un lado, porque en la elección de representantes políticos se juegan muchas más preferencias que las que tienen ver con una cuestión específica en materia de derechos. Por otra parte, porque son garantías delegativas, que sólo se ejercen de manera periódica y que desplazan a “otros” –los representantes- la tarea de protección de los derechos. En otras

10 En el caso español, sólo los ciudadanos gozan del derecho de voto. Los extranjeros comunitarios pueden votar y ser elegidos en elecciones municipales. El resto de personas extranjeras –hoy casi un 8% de la población- sólo pueden votar en las elecciones locales si los españoles, a su vez, pueden votar en sus países de origen (artículo 13 CE). La privación del derecho de voto a las personas extranjeras (sobre todo a las de países no comunitarios), o si se prefiere, la estipulación de gravosas condiciones de acceso a la ciudadanía, constituyen un límite serio a la configuración de las garantías sociales. Al no poder votar, miles de personas migrantes que, entre otras cosas, contribuyen al mantenimiento de las arcas públicas con sus impuestos, son excluidos de un mecanismo de control relevante para incidir en las políticas que delimitan sus derechos.

11 La constitución venezolana de 1999, por ejemplo, dispone que “todos cargos y magistraturas de elección popular son revocables” (artículo 72).

palabras: no son garantías de control que permitan supervisar de manera permanente y suficiente la actuación o inacción de los poderes públicos.

Además del derecho de voto, por tanto, interesa saber cómo pueden los destinatarios de los derechos participar de manera directa en la configuración de las leyes que tienen por objetivo protegerlos. O dicho en otro lenguaje, cuáles son las garantías sociales de participación directa en la elaboración de las garantías legislativas de los derechos.

En términos generales, puede afirmarse que el sistema político-constitucional resultante de la transición española no vio con buenos ojos el impulso de mecanismos directos de participación. A pesar de que la CE establece que los ciudadanos podrán participar en los asuntos públicos de manera directa o mediante representantes (artículo 23, CE), la preferencia por esta última alternativa es clara, sobre todo en la legislación de desarrollo inmediatamente posterior.

El ordenamiento español prevé dos vías de incidencia directa en la legislación: el derecho de petición y el derecho de iniciativa legislativa popular (ILP). No contempla, en cambio, la iniciativa de abrogación legislativa¹², ni ofrece condiciones favorables para la utilización de *referenda* o de consultas en materia de derechos sociales¹³.

Por lo que se refiere al derecho de petición, reconocido a todas las personas jurídicas y naturales, podría ser una vía idónea para realizar reclamos en materia de derechos sociales. Sin embargo, se trata de una garantía débil, de una demanda escrita cuya capacidad para vincular al legislador es notoriamente limitada¹⁴. Es más: entre sus funciones no está sólo la de estimular las peticiones "formales", sino la de desincentivar otras vías de presión "in-

12 A diferencia de lo que ocurría, por ejemplo, en la Constitución republicana de 1931 y de lo que ocurre en otros ordenamientos como el italiano.

13 En realidad, la CE contempla la posibilidad de someter al electorado "decisiones políticas de especial trascendencia" (artículo 92, CE). Nada impide que este referéndum pueda involucrar derechos sociales. Empero, se trata de un referéndum consultivo que la propia legislación de desarrollo regula con particular recelo y que los gobiernos de turno han tendido a utilizar como un instrumento de claro signo plebiscitario. El ánimo restrictivo con que se regula esta figura se extiende al ámbito autonómico. Así, el artículo 149.1.32 CE atribuye a la competencia exclusiva del Estado la autorización de la celebración de consultas populares en las Comunidades Autónomas.

14 La CE reconoce a todos los españoles el derecho de petición, individual y colectiva, por escrito y "en los términos que determine la ley" (artículo 29, CE). La orgánica 4/2001 de 12 de diciembre,

formales” sobre el legislativo que, aunque podrían ser más eficaces, pueden llegar a ser constitutivas de delitos sancionados por el derecho penal¹⁵.

La ILP se presenta en cambio como un instrumento de garantía más idóneo para articular demandas de abajo hacia arriba. A diferencia del derecho de petición, sin embargo, sólo puede recaer sobre determinadas materias. Estas no excluyen en principio a los derechos sociales, aunque sí a algunas cuestiones estrechamente ligadas a su garantía, como las tributarias (artículo 87.3 CE). Esta tendencia restrictiva se observa también en la legislación de desarrollo, que extiende las materias vedadas, por un lado, a aquellas relacionadas con la planificación económica necesaria para atender “las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (artículo 131, CE), y por otro, a las cuestiones presupuestarias (artículo 134)¹⁶.

También a diferencia del derecho de petición, sólo pueden impulsar una ILP los ciudadanos españoles mayores de edad, lo que deja fuera a las personas extranjeras¹⁷. El número de firmas requeridas puede considerarse moderado (500.000), aunque bastante superior al exigido en otros países europeos con mayor población¹⁸. Recientemente se ha extendido el plazo para la re-

de regulación del derecho, lo extiende a toda persona jurídica o natural, con independencia de su nacionalidad. El destinatario de este tipo de demandas puede ser, en realidad, cualquier institución pública, administración o autoridad. En el ámbito parlamentario, las cámaras disponen de una comisión de peticiones y regulan la manera de tramitarlas.

15 Así, por ejemplo, el Código penal sanciona las manifestaciones antes las sedes de las Cortes Generales (artículo 494), la perturbación grave del orden (artículo 497) o la injuria grave contra las Cortes Generales o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas si se hallaran en sesión (artículo 496). En este último supuesto, el acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas (artículo 210).

16 Ley orgánica 3/1984, reformada por Ley orgánica 4/2006.

17 En algunas Comunidades Autónomas se prevén alternativas en este sentido. La Ley 1/2006 de iniciativa legislativa popular de Cataluña, por ejemplo, sólo exige como condición para poder ejercer la iniciativa la inscripción en el padrón municipal –lo que facilita la participación de extranjeros– y tener más de 16 años.

18 En Italia, por ejemplo, se requieren 50.000, y en Suiza, donde como se ha comentado, se contempla la iniciativa popular para la reforma constitucional, se exigen 100.000 firmas.

cogida de firmas y se ha mejorado la previsión del reembolso de gastos a los eventuales promotores. No obstante, una iniciativa admitida a trámite podría sufrir enmiendas que la distorsionaran y ser incluso aprobada por el Parlamento sin que la Comisión Promotora pudiera solicitar su retirada¹⁹.

En realidad, si bien en las primeras versiones del texto constitucional la ILP se contempló con cierta amplitud y relevancia, fue perdiendo operatividad a lo largo del proceso constituyente. Esa desconfianza inicial se proyectó en la ley de desarrollo²⁰. Y aunque las últimas modificaciones han tenido un sesgo más bien garantista, está claro que la voluntad del legislador estatal sigue siendo evitar que la ILP pueda incidir sobre cuestiones "delicadas"²¹. Con todo, lo cierto es que muchas de estas iniciativas han servido para suscitarse debates parlamentarios ligados a la garantía de los derechos sociales, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico. Y aunque en la mayoría de los casos el resultado no ha sido la aprobación de la legislación de garantía impulsada por los promotores de la iniciativa, al menos ha servido para forzar la agenda del sistema representativo en materia de derechos laborales²², educativos²³, ambientales²⁴, habitacionales²⁵ y sociales en general. En el ámbito

19 Esto no ocurre en algunas Comunidades Autónomas, como Aragón o Cataluña, donde la Comisión Promotora puede retirar su petición –previo acuerdo parlamentario– si considera que está siendo distorsionada por el proceso legislativo.

20 La exposición de motivos de la LO 3/1984, de hecho, advertía contra la posibilidad de que la ILP pudiera servir "de fácil cauce para manipulaciones demagógicas o, incluso, para intentar legitimar con un supuesto consenso popular lo que no es en sustancia sino la antidemocrática imposición de la voluntad de una minoría". Este lenguaje ha desaparecido con la reforma introducida por la LO 4/2006. Sin embargo, las reticencias al uso de este instrumento de participación siguen siendo notorias.

21 Esta es la expresión que utiliza el propio preámbulo introducido por la reciente reforma.

22 En noviembre de 1999, por ejemplo, el pleno del Congreso de Diputados rechazó, por 161 votos contra 145, la posibilidad de discutir la reducción de la jornada laboral a 35 horas semanales sin disminución de salario. La proposición había partido de una Iniciativa Legislativa impulsada por la Confederación de Asociaciones de Vecinos, CGT, USO e Izquierda Unida, y estaba avalada por la firma de 700.000 electores.

23 En 1993, la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras promovió, con el apoyo de 575.000 firmas reconocidas como válidas, una iniciativa legislativa popular para la financiación del sistema educativo público. Fue debatida en el Congreso en diciembre de 1996 y rechazada por 150 votos a favor y 155 en contra.

24 La primera ILP aprobada en el ordenamiento español fue la ley aragonesa 2/1992 de creación del Consejo de Protección de la Naturaleza. Otras no llegaron a buen puerto. En 2001, la Asamblea Legislativa Valenciana desestimó la petición legislativa de ordenación y protección de la Huerta de

autonómico, incluso, una plataforma con considerable apoyo popular llegó a presentar una ambiciosa propuesta de Carta de Derechos Sociales. La iniciativa fue aprobada por la Asamblea legislativa, si bien con algunas restricciones en relación con la iniciativa original²⁶.

1.3. Las garantías de participación social en la tutela administrativa de los derechos sociales

Las garantías legislativas de los derechos son, como se acaba de ver, garantías primarias de los derechos sociales. Su alcance, sin embargo, suele concretarse a través de otro tipo de garantías primarias, las de tipo administrativo. Normalmente, estas garantías administrativas se expresan en normas reglamentarias que desarrollan las previsiones legales en materia de derechos. De esta manera, es posible especificar cuál es el contenido efectivo de un derecho determinado y qué tipo de obligaciones comporta su satisfacción. En caso de que la regulación de un derecho esté reservada a la ley (ordinaria u orgánica), el margen para la intervención reglamentaria es menor. En el ordenamiento español, estatuto diferenciado atribuido a los derechos sociales en relación con

Valencia como espacio natural protegido. En Cataluña, por su parte, más de 70 entidades ecologistas impulsaron en 1998 una Iniciativa para prohibir la incineración de residuos y proponer sistemas alternativos. La proposición se admitió a trámite, pero durante la tramitación parlamentaria, lo que era una proposición de ley para prohibir la incineración de residuos, se convirtió en una ley de regulación de la incineración de residuos.

- 25 En 2003 y 2007, por ejemplo, se presentaron en el Parlamento de Cataluña sendas iniciativas legislativas populares para fomentar la vivienda protegida y para la adopción de medidas urgentes en materia habitacional.
- 26 En la Comunidad Autónoma Vasca, en efecto, un grupo de plataformas de lucha contra la exclusión social presentó una petición legislativa para la aprobación de una Carta de Derechos Sociales. La iniciativa se articuló en torno a cuatro demandas fundamentales: el reparto de trabajo mediante la reducción de jornada laboral a 32 horas; el reconocimiento del derecho ciudadano a un salario social individualizado para todos los demandantes de empleo; la extensión al sector privado de las medidas de reparto del trabajo; y la financiación de esas medidas a través de un fondo de solidaridad construido a partir de la lucha contra el fraude fiscal y la reducción de gastos militares y de orden público. La iniciativa recibió el apoyo de sindicatos, asociaciones de vecinos y grupos feministas, religiosos de base, de solidaridad con el tercer mundo y anti-militaristas. Admitida a trámite, los grupos parlamentarios enmendaron la petición pasándola por el filtro de la "gobernabilidad", lo cual suscitó quejas por parte de sus promotores. No obstante, se convirtió en ley en el año 2000 y sentó un precedente para la aprobación de una normativa similar en Navarra.

otros derechos considerados “fundamentales” se traduce, entre otras cosas, en el reconocimiento al poder reglamentario de un mayor margen de incidencia en su regulación. Las normas de rango reglamentario, en cualquier caso, son las que con frecuencia definen la “letra pequeña” de los derechos sociales y su alcance práctico. A través de este tipo de regulaciones y de otras decisiones administrativas se perfilan planes de vivienda o urbanísticos, disposiciones laborales, planes educativos, el funcionamiento de servicios públicos o los propios presupuestos municipales.

Desde una perspectiva “desde abajo”, pueden identificarse diferentes vías de participación social en la elaboración de las garantías administrativas. La CE hace referencia, entre otras, al derecho de audiencia en la elaboración de las disposiciones administrativas y de acceso a los archivos y registros administrativos (artículo 105). También prevé el establecimiento por ley de vías de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de organismos públicos “cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al interés general” (artículo 129.1).

El derecho de audiencia en la elaboración de las disposiciones administrativas está emparentado con otros derechos civiles y de participación, como el derecho de consulta, de información o, simplemente, al debido proceso. Todos ellos, a su vez, están ligados a un derecho progresivamente consolidado tanto en el ámbito europeo como en el ámbito interno: el derecho a una buena administración.

Proyectados sobre ámbitos específicos, estos derechos de participación e información constituyen un importante instrumento potencial de control en materia de derechos sociales. Tanto la legislación estatal como la reciente legislación autonómica y local obligan a los poderes públicos, incluso a través de medios electrónicos²⁷, a garantizar el derecho de consulta y de ofrecer información suficiente en materia ambiental, habitacional, sanitaria o urbanística.

27 Un ejemplo de ello es la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. En virtud de esta ley se reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las administraciones públicas por medios electrónicos y la correspondiente obligación de éstas de impulsar el uso de estos medios. En cualquier caso, las administraciones deberán adoptar las medidas necesarias para ponerlas en marcha antes del 31 de diciembre de 2009 y siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias.

Tras algunas reformas dirigidas a “modernizarla”, la propia ley que regula las bases del régimen local²⁸ ha introducido este tipo de obligaciones, así como amplias posibilidades de participación vecinal en las políticas sociales locales²⁹. Así, por ejemplo, consagra el derecho ciudadano a asistir a las sesiones de las corporaciones locales y a obtener copias de los acuerdos alcanzados, al tiempo que establece el deber de los ayuntamientos “de establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local”³⁰. Con ese objetivo, prevé que los vecinos que gocen del derecho de sufragio en las elecciones municipales puedan ejercer la iniciativa popular, presentando propuestas o actuaciones o proyectos de reglamentos de la competencia municipal³¹. Asimismo, contempla la posibilidad de que se sometan a consulta popular aquellos asuntos de competencia municipal que sean de especial relevancia para los vecinos, aunque se la supedita a la autorización del gobierno estatal y se excluyen los asuntos referidos a la hacienda local³². A pesar de estos límites, este tipo de previsiones han abierto camino a los llamados presupuestos participativos, permitiendo a la ciudadanía participar directamente en la asignación de partidas presupuestarias dirigidas a satisfacer derechos sociales³³.

28 Ley 7/1985, de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

29 En materia urbanística, por ejemplo, el artículo 70 dispone que las administraciones públicas con competencias de ordenación territorial y urbanística deberán tener a disposición de los ciudadanos o ciudadanas que lo soliciten, copias completas de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística vigentes en su ámbito territorial, de los documentos de gestión y de los convenios urbanísticos.

30 Este precepto, recogido en el artículo 70 bis, fue añadido, precisamente, por la Ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local.

31 Según el propio artículo 70 bis. 2, dichas iniciativas deberán ir suscritas al menos por el siguiente porcentaje de vecinos del municipio: a) hasta 5.000 habitantes, el 20 %; b) de 5.001 a 20.000 habitantes, el 15 %; c) a partir de 20.001 habitantes, el 10 %.

32 Artículo 71.

33 Como es sabido, la experiencia pionera en esta materia fue la ciudad brasileña de Porto Alegre. En el ámbito español, las experiencias de presupuestos participativos arrojan resultados dispares. Hacia 2004 el número aproximado de experiencias era pequeño (12) en relación con el número de municipios existentes (8108). Entre las ciudades y localidades implicadas figuraban Córdoba, Las Cabezas de San Juan (Sevilla), Rubí (Barcelona), Albacete, Puente Genil (Córdoba), Jerez de la Frontera o Sevilla. Algunas de las más antiguas, como la de Rubí, fueron suspendidas con el cambio de go-

En todo caso, si las posibilidades de la participación en la gestión administrativa de derechos sociales son en principio amplias, no se pueden menospreciar las dificultades prácticas que todavía la obstaculizan. Muchas de estas dificultades, en realidad, provienen, como se ha denunciado desde las propias instituciones públicas, de la persistencia de una “cultura” administrativa de la opacidad y del silencio frente a las demandas ciudadanas que se resiste a ser erradicada³⁴.

1.4. Las garantías de participación social en la tutela jurisdiccional de los derechos sociales

Naturalmente, las garantías primarias, tanto si se trata de normas constitucionales como de leyes o reglamentos, sirven para dotar de contenido a los derechos sociales y para establecer las obligaciones que los poderes públicos y los particulares deben observar en su resguardo. Sin embargo, la ausencia, la configuración defectuosa, la inaplicación o la aplicación arbitraria de estas normas pueden dar lugar a situaciones en las que la eficacia de los derechos sociales se vea reducida de manera considerable. De ahí que la mayoría de ordenamientos plantee, junto a estas garantías institucionales primarias, garantías secundarias cuyo efecto es controlar, y en su caso reparar, vulneraciones cometidas contra aquéllas.

Una primera garantía de tipo secundario, relevante en la tutela ordinaria de los derechos sociales, es el propio poder de policía administrativo, esto es, la existencia de órganos administrativos que puedan supervisar el cumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias en materia de derechos. Este es el caso, por ejemplo, de los órganos de inspección administrativa. Estos órganos pueden desempeñar un papel significativo en la detección y sanción

bierno, mostrando la débil irreversibilidad del proceso. En otras ciudades, como en Valladolid, diferentes plataformas sociales han venido presionando a las autoridades municipales para que incorporen los presupuestos participativos como un derecho ciudadano. Para un síntesis interesante de estas experiencias, véase, Carmen Pineda Nebot, “Los presupuestos participativos en España: un balance provisional”, en *Revista de Estudios Locales* Nro. 78, Madrid, 2004.

³⁴ Diferentes defensorías del pueblo del ámbito autonómico han hecho referencia a esta “cultura del silencio” y a la resistencia a responder de manera expresa y motivada a las demandas ciudadanas. Véase, por ejemplo, el Informe del Defensor de las personas de Cataluña presentado al Parlamento catalán en 2007.

de vulneraciones directas o indirectas de derechos sociales en materia tributaria, laboral, urbanística, ambiental o de servicios públicos en general. Las garantías sociales en este ámbito serán mayores mientras mayor sea la legitimidad reconocida para presentar denuncias y seguir el proceso de control, sobre todo tratándose de colectivos en especial situación de vulnerabilidad³⁵.

Junto a estas garantías administrativas secundarias, muchos ordenamientos contemplan también la existencia de garantías secundarias a cargo de órganos de control externos. Normalmente, estos órganos son elegidos por los propios órganos legislativos y ejecutivos mediante mayorías especiales o se les otorga un estatuto específico de independencia. En el caso español este sería el caso del Defensor del Pueblo (artículo 54, CE) y de sus equivalentes en las Comunidades Autónomas, de los tribunales de cuentas o de otros mecanismos de control como las fiscalías anti-corrupción³⁶.

Las defensorías del pueblo, por ejemplo, pueden ser espacios interesantes para ventilar quejas referidas a la vulneración de derechos sociales por incumplimiento, insuficiencia o mala aplicación de normativa que los contempla. Ciertamente, la eficacia de su actuación suele depender, más allá de su configuración institucional, de la *auctoritas* de sus miembros. En cualquier caso, pueden ser un vehículo de expresión de personas y grupos en situación de vulnerabilidad (minorías sexuales, personas con discapacidades, personas en situación de exclusión social grave, trabajadoras y trabajadores migrantes) que al menos cuentan con un canal adicional en el que reclamar sus derechos ante las instituciones públicas³⁷.

35 La Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, estipula por ejemplo que la inspección puede proceder de oficio o en virtud de denuncia (artículo 13). La acción de denuncia del incumplimiento de la legislación del orden social es pública. No puede tratarse de denuncias anónimas, ni manifiestamente carentes de fundamento, ni referirse a materias cuya vigilancia no corresponda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ni coincidir con asuntos de los que esté conociendo un órgano jurisdiccional.

36 Los tribunales de cuentas y las fiscalías anti-corrupción pueden desempeñar una función relevante en la fiscalización del empleo de fondos destinados a satisfacer derechos sociales y en la detección de casos de corrupción y desvíos.

37 Más allá de ello, muchas defensorías del pueblo sistematizan esas demandas y las convierten en recomendaciones dirigidas a la administración y, eventualmente, al propio legislador. A simple modo de ejemplo, pueden consultarse los Informes del Defensor del Pueblo Andalúz sobre el problema de la vivienda (*Vivir en la calle: la situación de las personas sin techo en Andalucía, 2006; Chabolismo*

Junto a estas garantías secundarias encomendadas a órganos de control externo, prácticamente todos los ordenamientos contemplan garantías secundarias de tipo jurisdiccional. Estas garantías consisten en que un tribunal más o menos independiente pueda ejercer algún tipo de control, y en su caso, de reparación, en ausencia o insuficiencia de una garantía primaria. Las garantías jurisdiccionales pueden asumir la forma de garantías ordinarias o especiales. Las primeras se encomiendan a tribunales especializados en diferentes órdenes (civiles, penales, de lo social, contencioso-administrativos) con capacidad para prevenir, controlar o sancionar vulneraciones de derechos provenientes de órganos administrativos o de particulares. Las garantías jurisdiccionales especiales, en cambio, suelen encomendarse a tribunales superiores o específicamente constitucionales. Su objetivo es establecer mecanismos de control y reparación en aquellos casos en los que las garantías jurisdiccionales ordinarias resultan insuficientes o en los que la vulneración de los derechos puede atribuirse a actuaciones u omisiones del propio legislador.

Si en el ámbito de las actuaciones legales y administrativas la exigencia de información adecuada y de respeto al debido proceso pueden ser piezas claves para una tutela extensiva de los derechos sociales, la importancia de las garantías sociales en el ámbito jurisdiccional no es menor. El derecho a la tutela judicial efectiva y sus diferentes proyecciones, desde la asistencia jurídica gratuita hasta el derecho a la información y a la igualdad de armas en los procesos, constituyen elementos centrales para la reivindicación de otros derechos, tanto de tipo civil o político, como social. Vistos "desde abajo", los espacios jurisdiccionales también pueden concebirse como espacios de participación y de disputa jurídico-política en los que minorías vulnerables o grupos en situación de urgencia pueden hacer valer argumentos frente a los que los canales representativos, sólo fiscalizables de manera periódica, suelen permanecer blindados³⁸. De este modo, la garantía jurisdiccional que

en Andalucía, 2005; *Personas prisioneras en sus viviendas*, 2003) o los Informes del Ararteko vasco en materia educativa (*Convivencia y conflicto en los centros educativos*, 2006; *La respuesta a las necesidades educativas especiales en la CAPV*, 2001).

38 Sobre esta cuestión, Véase, entre otros, V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales en el debate democrático*, op. cit., pp. 98 y ss.; R. Uprimmy, "Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía", en R. Uprimmy, C. Rodríguez y M. García Villegas, *Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá, 2006, pp. 196 y ss.

se expresa en la sentencia o en la decisión de un juez o de un magistrado aparece como un producto inconcebible sin las razones aportadas por las partes a modo de garantía social.

Ocurre, sin embargo, que los mecanismos procesales de protección de los derechos han sido tradicionalmente pensados a partir de la concepción patrimonialista de los mismos y de la teoría clásica del derecho subjetivo. En ese sentido, han estado diseñados para resolver conflictos individuales, y de modo paradigmático, aquellos que afectan el derecho de propiedad. Esta perspectiva individualista encierra dificultades evidentes a la hora de pensar las garantías sociales de participación en los órganos jurisdiccionales como garantías reconocidas a sujetos colectivos o a grupos numerosos de víctimas. De ahí la importancia de recursos procesales que permitan articular vías de acceso no sólo individual, sino sobre todo colectivo de tutela de los derechos.

En el derecho comparado, los recursos de tutela y de amparo colectivo³⁹, las acciones de clase, de interés público o la legitimación colectiva reconocida a grupos y asociaciones de consumidores y usuarios de servicios públicos ofrecen algunos ejemplos interesantes en este sentido. En el ordenamiento español, por su parte, la experiencia de las acciones colectivas está ligada básicamente a las reformas de la legislación procesal civil y contencioso-administrativa de los años noventa⁴⁰. Y si bien se trata de una experiencia embrionaria, existen casos que permiten pensarla como una vía incisiva de reclamo de derechos sociales vulnerados tanto por los poderes públicos como

39 Como el establecido, por ejemplo, en el artículo 43 de la Constitución argentina reformada de 1994.

40 La Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, por ejemplo, reconoce legitimidad procesal no sólo al perjudicado individual, sino también a asociaciones constituidas con el objeto de proteger a consumidores, a usuarios de servicios y a los propios grupos afectados (artículo 11). La Ley 29/1998, por su parte que regula la jurisdicción contencioso-administrativa, dispone que “tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, además de las personas que la ostenten de acuerdo a la Ley de Enjuiciamiento Civil [...] los grupos de afectados, uniones sin personalidades o patrimonios independientes o autónomos” (artículo 18). Y luego agrega: “están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo: a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un interés legítimo; b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”.

por actores particulares⁴¹. Desde una perspectiva garantista, en todo caso, la participación social en la justicia no puede limitarse al momento de acceso a la jurisdicción. Muchas decisiones jurisdiccionales favorables a la protección de derechos sociales pierden efectividad o son privadas de su sentido originario en la fase de ejecución de las sentencias. De ahí que, junto a las garantías de participación en el *acceso* a la justicia, deban estipularse garantías de participación en la ejecución y seguimiento de las sentencias. El derecho a ser informado y a ser oído durante esta fase, tanto de manera individual como colectiva, adquiere así una función primordial en la satisfacción real del derecho en disputa, que no se agota con el dictado de un fallo⁴².

2. Las garantías sociales como garantías extra-institucionales

Hasta aquí, las garantías sociales se han presentado como vías de participación en la elaboración de las garantías institucionales. Sin embargo, también pueden actuar como vías de acción directa de defensa o reclamo de un derecho social en ámbitos no institucionales.

Que las garantías sociales puedan actuar en ámbitos extra-institucionales no equivale, necesariamente, a que operen contra las instituciones o contra la legalidad. Es más, muchas formas de participación orientadas a la tutela de derechos sociales cuentan con respaldo de la constitución o de la legislación vigente.

Este es el caso de muchas garantías sociales de los derechos que se ejercen en el marco de las relaciones con otros particulares. Así, por ejemplo, en el ámbito de la empresa privada, son garantías sociales de los derechos laborales de los trabajadores derechos constitucionales básicos como el derecho a la información, a la negociación y al conflicto colectivo (artículo 37, CE). Igualmente, en determinados casos, el derecho a la información y el derecho a la consulta pueden actuar como garantías sociales de los derechos habitacionales de los inquilinos frente a los propietarios.

41 Hace tiempo que las demandas colectivas son una herramienta frecuente utilizada por los trabajadores en el ámbito laboral. En los últimos años, por su parte, se han registrado en España numerosos casos de demandas colectivas de consumidores y usuarios por vulneración (directa o indirecta) de derechos sanitarios, educativos, habitacionales, etcétera.

42 Véase. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales en el debate democrático*, op. cit., pp. 79 y ss.

Las garantías sociales previstas por la ley también pueden ejercerse con el objetivo de asegurar, en ámbitos extra-institucionales, la autotutela de los derechos sociales. Este es el objetivo que persiguen, por ejemplo, las demandas de acceso a bienes comunales⁴³ o las empresas auto-gestionadas, las asociaciones mutuales o las cooperativas producción y consumo que permiten a las personas satisfacer por sí mismas los bienes y recursos que constituyen el objeto de los derechos sociales. La propia CE, de hecho, se compromete con el fomento de las sociedades cooperativas y con el establecimiento de “los medios que garanticen el acceso de los trabajadores a los medios de producción” (artículo 129.2).

En ocasiones, ciertamente, la autotutela de derechos sociales implica el recurso a vías más incisivas que pueden entrar en conflictos con derecho de terceros. Esto es lo que ocurre con algunas movilizaciones y protestas en reclamo de derechos sociales, con los boicoteos de consumidores y usuarios a ciertas empresas por vulneración de estos mismos derechos o con la ocupación del espacio público con el propósito de hacer visibles (frente a los medios de comunicación, por ejemplo) ciertas reivindicaciones sociales.

Muchas de estas vías de autotutela carecen de un estatuto jurídico definido. A veces, en cambio, se trata de un ejercicio más o menos convencional de derechos civiles y políticos básicos como las libertades sindicales, de asociación, de expresión o ideológica. Estas vías de reclamo de derechos sociales suelen ser bastante frecuentes. En situaciones de vulneración grave y sistemática de los mismos, en las que los mecanismos institucionales de protección resultan ineficaces, pueden incluso asumir formas más radicales. Así, por ejemplo, situaciones extremas de exclusión o de fuerte demanda social pueden conducir a la ocupación de fábricas abandonadas o de viviendas vacías, así como a acciones de desobediencia civil e incluso de resistencia activa. En muchos casos, estas vías de autotutela afectan derechos de terceros, como el derecho de propiedad, la libertad de empresa o la libertad de circulación.

En no pocas ocasiones, también, la respuesta jurídica frente a estas situaciones acostumbra ser la sanción penal. No obstante, la coacción estatal suele ser un instrumento desproporcionado e inadecuado para abordar estos

43 En su Informe de 2007 al Parlamento de Cataluña, el Defensor de las personas analiza, precisamente, quejas de vecinos por la denegación de acceso a bienes comunales que se integran en el patrimonio de los entes locales.

casos, que infringe el principio de intervención penal mínima y que ampara, de manera tácita, otras conductas de particulares (o de la propia administración) que suponen el ejercicio anti-social y abusivo de ciertos derechos, comenzando por aquellos de contenido patrimonial⁴⁴.

Desde una perspectiva "desde abajo", que priorice el punto de vista de las personas y grupos en mayor situación de vulnerabilidad, la admisibilidad o no de este tipo de vías de autotutela exige tener en cuenta más factores. En primer lugar, la gravedad de la violación de los derechos sociales en juego y su impacto entre otros factores, en la integridad física y psíquica, en la dignidad y en el libre desarrollo de la personalidad de los afectados. En segundo término, la responsabilidad de los poderes públicos o de otros actores particulares en la generación de las vulneraciones concernidas, sobre todo cuando éstas tienen su origen en el uso abusivo de la propia posición tanto en el Estado como en el mercado. En tercer lugar, la intensidad de la afectación que las medidas de autotutela puedan suponer para derechos de terceros⁴⁵.

Mientras más urgentes, en efecto, sean las necesidades en juego y mientras más fuerte y acreditada sea la demanda social de que se trate, más justificado estará el recurso a vías de autotutela. Naturalmente, ello dependerá también de la responsabilidad que quepa atribuir a los poderes públicos o a los particulares frente a dicha situación. Así, por ejemplo, frente a una situación de persistente e injustificado abandono de fábricas, tierras o inmuebles, el uso anti-social de la propiedad, privada o pública, no puede tener primacía sobre actuaciones cuyo fin es, precisamente, devolver a los recursos en juego

44 En España, por ejemplo, el código penal de 1995 tipifica como delictiva en el apartado 7 del artículo 245 la conducta de quien "con violencia o intimidación de las personas, ocupe una cosa inmueble o usurpe un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena". En el apartado 2, sin embargo, introduce una nueva conducta delictiva, consistente en "ocupar sin autorización debida un inmueble, una vivienda o un edificio ajenos que no constituyan hogar o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular". La mayoría de intérpretes del código penal, así como numerosas resoluciones judiciales, han entendido que lo que se recoge como delito en este último apartado es la ocupación pacífica de bienes inmuebles. No han faltado, empero, interpretaciones más garantistas, compatibles con el principio de intervención penal mínima, con la prohibición de la especulación inmobiliaria (artículo 47, CE) y con la función social de la propiedad (artículo 33, CE) que han entendido que no se trata de penalizar la ocupación pacífica como de introducir una sanción menor cuando lo que tenga lugar sea una ocupación intimidatoria o violenta de inmuebles que no constituyan hogar.

45 Véase V. Abramovich y C. Courts, *op. cit.*, p. 77.

un sentido social, ligándolos a derechos como la vivienda o el trabajo. Igualmente, la utilización de mecanismos de protesta o de desobediencia *prima facie* ilegales podría reputarse, en casos de bloqueo de los medios de comunicación o de los canales institucionales de protesta, un supuesto protegido de disidencia. O si se prefiere, un ejercicio calificado del derecho de petición, de la libertad ideológica o de la libertad de expresión.

Precisamente por su estrecha conexión con el principio democrático, estas expresiones de protesta podrían concebirse como vías legítimas de garantía de los derechos sociales así como de actualización, en general, de normas constitucionales y de derecho internacional incumplidas de manera grave y sistemática⁴⁶. Más que como actuaciones punibles, por tanto, deberían verse como el ejercicio de derechos de participación especialmente tutelados. Como derecho que tienen preferencia en relación con otros como la libertad de circulación o de comercio, precisamente porque tienen por objeto, además de preservar la supervivencia y la dignidad de las personas, ampliar la calidad democrática de la esfera pública⁴⁷.

3. Conclusiones

Con frecuencia, la discusión en torno a las garantías de los derechos sociales se reduce a la posibilidad o no de su tutela jurisdiccional o al eventual conflicto que ella puede plantear entre el poder legislativo y el poder judicial. El objetivo de estas páginas ha sido ofrecer un panorama más amplio de esta cuestión, que tome como referencia el punto de vista de los principales actores en materia de derechos sociales: sus eventuales destinatarios.

Aplicada al ordenamiento español, esta perspectiva *ex parte populi*, arroja, frente a los tradicionales abordajes *ex parte principii*, alguna luz de provecho.

46 Véase, entre otros, A. Estévez Araujo, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994, en especial el capítulo “La desobediencia civil como participación en la defensa de la constitución”; J. I. Ugartemendia, *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Marcial Pons/ Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1999.

47 Véase R. Gargarella, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005. Una interesante reflexión a propósito del “movimiento okupa” en el ámbito español en Amaya Olivas Díaz, “Castigar la disidencia: el movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico”, en *Jueces para la democracia*, Nro. 54, Madrid, 2005, pp. 51-72.

Permite, entre otras cosas, captar mejor el carácter insuficientemente democrático de algunos diseños institucionales, las potencialidades participativas de otros y la función directamente anti-democrática de muchas reacciones de los poderes públicos en materia de derechos sociales. Y permite, sobre todo, entender el propio principio democrático no como un principio que pueda cristalizar de una vez por todas en un régimen acabado, sino como parte de procesos inacabados de democratización, en los que caben avances pero también retrocesos.

Para dar cuenta de sus propósitos de fondo, esta perspectiva “desde abajo” debería, naturalmente, ocuparse con más detenimiento de algunas cuestiones aquí no tratadas o sólo abordadas de manera lateral. Debería, por ejemplo, explicar mejor la creciente presencia en el ordenamiento español de una población inmigrante que, sobre todo cuando carecen “papeles”, son desplazados como objeto y como sujetos activos de los derechos sociales⁴⁸. Y debería, seguramente, explicar de qué manera el sistema de garantías sociales aquí descrito se fortalece o se debilita como consecuencia del proceso de integración europea y de otros procesos de internacionalización jurídica y económica en los que el Estado español se encuentra inmerso.

De lo que se trata, en todo caso, es, parafraseando a W. Benjamin, de pasar el cepillo a contrapelo de los ordenamientos jurídicos actuales, pensando los derechos no sólo a partir de las actuaciones e intereses de los poderes constituidos, sino también de la potencia constituyente de quienes, por su posición económica, étnica o de género, son los sujetos privilegiados de los derechos sociales. Tras este tipo de aproximación late una constatación obvia pero con frecuencia ocultada u olvidada por las perspectivas “estatalistas”: la de que la exigibilidad de los derechos sociales como auténticos derechos indisponibles, y no como simples concesiones paternalistas y revocables, depende, más allá de las técnicas institucionales dispuestas para su protección, de la participación y la lucha de sus propios destinatarios. En los ordenamientos actuales, como se ha intentado mostrar, esta participación y estas luchas tienen lugar, de manera constante y muchas veces simultánea, en diversos niveles institucionales, pero también fuera de ellos y, no pocas veces, en su contra.

48 Algunas de estas cuestiones han sido tratadas en M. Aparicio, X. Seuba, M. Torres, V. Valiño y G. Pisarello (eds.), *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria – Observatori DESC, Barcelona, 2006.