



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público General

Área de Derecho Constitucional

**LEGITIMIDAD JUDICIAL EN LA GARANTÍA DE
LOS DERECHOS SOCIALES:
ESPECIAL REFERENCIA A LA EJECUCIÓN PENAL EN EL
ESTADO DEL MARANHÃO**

SERGIO VICTOR TAMER

Salamanca, 2013



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público General

Área de Derecho Constitucional

**LEGITIMIDAD JUDICIAL EN LA GARANTÍA DE
LOS DERECHOS SOCIALES:
ESPECIAL REFERENCIA A LA EJECUCIÓN PENAL EN EL
ESTADO DEL MARANHÃO**

TESIS DOCTORAL REALIZADA POR D. **SERGIO VICTOR TAMER** PARA OPTAR AL TÍTULO DE **DOCTOR EN DERECHO**. BAJO LA DIRECCIÓN DE LA DOCTORA **ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA**, CATEDRÁTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, EN EL MARCO DEL PROGRAMA DE DOCTORADO “NUEVAS TENDENCIAS EN DERECHO CONSTITUCIONAL”.

D^a Ángela Figueruelo Burrieza
Directora

D. Sergio Victor Tamer
Doctorando

Salamanca, Mayo de 2013

**A mis padres, Victor Tamer y María
Adelaide Tamer *in memoriam*.**

**A mi mujer Sylvania, compañera y
viajera de todos los momentos.**

A cualquiera que se proponga hacer un examen libre de prejuicios del desarrollo de los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial le aconsejaría este saludable ejercicio: leer la Declaración Universal y después mirar alrededor. Estará obligado a reconocer que, a pesar de las anticipaciones iluminadas de los filósofos, de las audaces formulaciones de los juristas, de los esfuerzos de los políticos de buena voluntad, el camino por recorrer es todavía largo. Y le parecerá que la historia humana, aun cuando vieja en milenios, comparada con las enormes tareas que nos esperan, quizá haya apenas comenzado.

Norberto Bobbio, “Presente y porvenir de los derechos humanos”: *in El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, pág. 83.

A LOS COMPAÑEROS DE VIAJE

Una tesis empieza y termina con una gran aportación de apoyos, actitudes y generosidades, a lo largo de su investigación, sin los cuales se quedaría aún más difícil su conclusión. Es como un viaje de extenso recorrido, una travesía por caminos a recorrer y descubrir. Con esta no ha sido diferente. Hay muchos compañeros de viaje a quien debo mis más profundos agradecimientos. Entre las instituciones de Brasil, destaco la Abogacía General de la Unión – AGU y la Universidad Federal de Maranhão – UFMA, instituciones a las que pertencí como abogado de sus cuadros. Y más recientemente a mis compañeros de la Secretaria de Justicia y Administración Penitenciaria - SEJAP, del Gobierno del Estado de Maranhão. En Salamanca, tengo una palabra especial para referirme a nuestra querida Universidad - USAL, al Departamento de Derecho Público General, a su programa de doctorado, y por todos sus profesores, a mi maestra, la Profesora ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA, ejemplo de labor, dedicación en su magisterio, de reconocidos atributos humanistas y de herencia de la buena y multiseccular Escuela Salmantina.

Del Estado de Maranhão, en ese largo período de trabajo académico, muchos compañeros vinieron a estudiar a Salamanca, con los cuales contrasté opiniones interdisciplinarias sobre la investigación, entre ellos Lucyléa Gonçalves França, Néelson Moraes Rego, Carlos Henrique e Karla Vieira. Aquí encontramos al pernambucano Flavio Yung, siempre muy atento para ayudar a todos los que daban sus primeros pasos en la vetusta y austera Salamanca para que

luego descubriesen la Ciudad cultural, festiva, alegre y eternamente encantadora. Y por hablar en primeros pasos, no puedo olvidarme de mi sobrino Arthur Tamer Vásquez que, viviendo en Sevilla, siempre demostró el más vivo interés por este trabajo, sobre todo en los momentos más difíciles de este viaje. En mis investigaciones en instituciones portuguesas, agradezco mucho la compañía, durante mi estancia, de los juristas de Brasil Ney Bello, Paulo Roque y de mis hijos Pedro y Thiago, así como de los amigos Luis Leite y Edith. Desde São Luís, siempre dándome el apoyo necesario, mi hijo Sergio.

Fueron muchos los momentos recorridos en distintas fases de este largo viaje, y muchos más los compañeros que encontré. A todos deseo expresar mi gratitud. En esa extendida estancia académica fue importante saber que la pausa también hace parte de la caminata. Parafraseando el antropólogo Antonio Cea Gutiérrez¹, puedo decir que “en Salamanca estudié, aprendí, conocí, sentí, canté, me divertí, amé y” – ¿por qué no? – “fui joven”.

¹CEA GUTIÉRREZ, Antonio. *Retratos de Mujer en la Historia de Salamanca. Guía para viajeros curiosos*. Salamanca, Editora USAL, 2012, pág. 133.

ÍNDICE DE LA TESIS.

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: LIBERALISMO ECONÓMICO Y DERECHOS SOCIALES: UNA SÍNTESIS POSIBLE	19
1.1. Liberalismo económico y derechos sociales: una síntesis posible	21
1.1.1. El Estado social: del liberalismo al garantismo	21
1.1.3. República: ¿una democracia contestataria?	38
1.1.4. La tensión entre Estado social y Estado liberal	46
1.1.5. ¿Qué liberalismo?	58
1.1.5.1. El liberalismo político	66
1.1.5.2. El liberalismo económico	73
1.1.6. El liberalismo en el siglo XIX: Estado providencia	79
1.1.7. El Liberalismo en el siglo XX: aumenta la intervención	85
1.1.7.1. El consenso social-liberal	89
1.1.8. La persistencia del gran duelo de los años 80	95
1.1.8.1. El neoliberalismo	95
1.1.8.2. El liberalismo social	102
1.2. El viaje de los derechos y la fundación del sistema liberal-social	111
1.2.1. Relativismo, disfunción económica y medio ambiente	116
1.2.2. El reconocimiento del otro y de su dignidad	123
1.2.3. Derechos sociales: “libertad moral” y “libertad de hecho”	125
1.3. Las crisis económicas y su impacto en las políticas sociales	133
1.3.1. Tendencias de los índices de pobreza en el mundo	147
1.3.2. El riesgo de la pobreza intergeneracional	149
1.3.3. Erradicación de la pobreza y generación de empleo	152
1.4. La nueva economía y los retos para el Estado social-liberal	154
1.4.1. Trabajo, flexibilización y el futuro del empleo	168
1.4.1.1. ¿Por qué da miedo la flexibilización?	170
1.4.1.2. Trabajo sin empleo	176
1.4.1.3. La crítica de Campos	180
1.4.1.4. Las relaciones de empleo en la nueva economía	184
CODA	187
CAPÍTULO II: LA LEGITIMACIÓN JUDICIAL EN LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES	193
2.1. La legitimación judicial en la garantía de los derechos sociales	195

2.1.1. La ambigüedad de los conceptos	195
2.1.2. La universalidad de su objeto.....	199
2.1.3. Derechos subjetivos y titularidad.....	204
2.1.4. El “estándar elemental”	211
2.1.5. El condicionante económico de los derechos.....	219
2.1.6. La dignidad de la persona en el contexto social-liberal.....	224
2.1.7. Convergencias y contrastes entre derechos sociales y derechos de libertad.....	229
2.1.7.1. Las posiciones antagónicas de Bernal Pulido y Fernando Atria	231
2.1.7.2. La crítica de Fernando Atria	238
2.1.8. La percepción popular de los derechos sociales en Brasil	240
2.1.9. El garantismo social en la constitución española	248
2.1.10. El garantismo social en la Constitución brasileña.....	263
2.2. Las corrientes doctrinales del garantismo en Europa.....	283
2.2.1. El garantismo en Peces-Barba Martínez	283
2.2.2. El garantismo en Pérez Luño	285
2.2.3. El garantismo en Luigi Ferrajoli	292
2.2.4. El garantismo en Robert Alexy	305
2.3. Legitimidad y función política del poder judicial	316
2.3.1. Función política y función administrativa.....	316
2.3.2. Gobierno, administración y política.....	323
2.3.3. La doctrina portuguesa y sus parámetros en la efectividad de los derechos sociales	338
2.3.4. La legitimidad del poder judicial.....	350
2.3.5. Reflexiones provisionales	365
2.4. Garantismo en las decisiones del Supremo Tribunal Federal de Brasil	370
2.4.1. Los procedimientos inconstitucionales.	374
2.5. Garantismo procesal en Brasil	384
2.5.1. La acción civil pública	387
2.5.2. Acción de inconstitucionalidad por omisión (art.103, § 2º de la Constitución brasileña).....	392
2.5.3. El mandado de injunção (art 5º, LXXI, de la CF)	394
2.5.4. Ação de argüição por incumplimiento de precepto constitucional – art. 102, § 1º de la CF (conforme a la ley).....	407
2.5.5. A modo de conclusión general.....	409
CODA	416

**CAPÍTULO III: DERECHOS SOCIALES EN LAS CÁRCELES DE MARANHÃO:
REALIDAD Y UTOPIA 423**

3.1. La resistencia cultural a la reinserción social: una breve nota	425
3.1.1. La prisión como pena en tres códigos criminales de Brasil	431
3.1.1.1. Los primeros sistemas de “prisión-pena”	435
3.1.1.2. Orígenes y eficacia de los sistemas progresivos	438
3.1.2. La humanización de la pena en el contexto liberal- social.....	446
3.1.2.1. Los objetivos de la pena.....	455
3.1.2.2. El garantismo penal en FERRAJOLI	461
3.1.2.3. Idea y concepto de resocialización en HASSEMER	467
3.1.2.4. Medidas cautelares en sustitución de la prisión preventiva	473
3.1.3. La arquitectura carcelaria en Brasil	480
3.2. Los números del encarcelamiento en Brasil.....	484
3.2.1. Evolución de la población carcelaria nacional y sus comparativos.	496
3.2.2. La percepción popular sobre la violencia en Brasil.....	504
3.3. La población carcelaria de Maranhão en un contexto nacional.....	507
3.3.1. La violencia callejera en Maranhão.....	517
3.4. La superpoblación y la dignidad humana	521
3.4.1. La reinserción social y la superpoblación carcelaria: antagonismo del sistema penitenciario	526
3.4.2. La creación de SEJAP en Estado de Maranhão	531
3.4.2.1. La aperturas de plazas y la regionalización del sistema.....	533
3.4.2.2. La función social del Fondo Penitenciario de Maranhão	538
3.5. La efectividad de los derechos sociales en las cárceles del Estado de Maranhão.	543
3.5.1. La reducción, en dos años, de la tasa de encarcelamiento	560
3.5.2. La reducción, en dos años, de los índices de asesinatos, fugas y rebeliones en las cárceles de Maranhão.	564
3.6. El Plan Estadual de Educación en las prisiones de Maranhão.....	567
3.6.1. Nota preliminar (1) – de la acción conjunta de dos órganos regionales	571
3.6.1.1. Nota preliminar (2) – metodología de la elaboración del Plan	572
3.6.2. Consideraciones sobre la educación en las prisiones	576
3.6.2.1. Educación en las prisiones y sus funciones	581
3.6.2.2. Redención de la pena por el estudio.....	584

3.6.2.3. El sentido de la formación profesional	587
3.6.2.4. El personal de campo	592
3.6.3. Prácticas pedagógicas y atención a la diversidad	597
3.6.4. Seguimiento, monitorización y evaluación	601
3.7. Legitimidad judicial para controlar las garantías de los presos	604
3.8. A modo de conclusión.....	617
CONCLUSIONES	627
BIBLIOGRAFÍA.....	645
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	678
DIRECCIONES DE INTERNET.....	679

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Una de las más complejas cuestiones en el ámbito del constitucionalismo y que ha generado intensos debates académicos suele referirse a las garantías judiciales para la eficacia de los derechos sociales, su exigibilidad, la llamada judicialización. Pero, uno de los abordajes centrales sobre el tema, en la presente investigación, pone de relieve la legitimidad del Poder Judicial para garantizar derechos prestacionales, inherentes que son a formulación de las políticas públicas, es decir, a la esfera de competencia del Poder Ejecutivo.

En ese sentido pretendemos ofrecer una respuesta doctrinal a los siguientes planteamientos: ¿Tiene el Poder Judicial competencia para asegurar la fruición de derechos sociales y provocar la ejecución de políticas sociales por el Estado? ¿Cumple el Poder Judicial en ese procedimiento su función constitucional o, al contrario, afronta el sistema de separación de poderes? ¿Cuál es la fuente que fundamenta la legitimidad del Poder Judicial para otorgar esa garantía a los demandantes? ¿Los derechos sociales deben ser universales y por tanto garantizados a todos o sólo a los más necesitados? ¿Son los derechos sociales incompatibles con el programa político y económico del Estado liberal? ¿Es posible, por otro lado, la armónica coexistencia entre los derechos de libertad y los derechos de igualdad en la praxis política? ¿Existe derecho subjetivo a la tutela social y a las consecuentes políticas

públicas para efectuarla? ¿Cuáles son los instrumentos procesales de garantía, en Brasil, y cómo y cuándo utilizarlos? Por fin, como corolario de todos esos interrogantes, la investigación, que recibe por título “Legitimidad Judicial en la garantía de los derechos sociales: especial referencia a la ejecución penal en el Estado de Maranhão” pretende desvelar el proceso de resocialización de los presos y detenidos desde una perspectiva de concesión de derechos sociales en las cárceles, con fundamento de los principios básicos del Estado social y democrático de Derecho, y de análisis de las garantías procesales cuando se diera lugar la omisión administrativa. Como aportación al tema haremos una nueva propuesta para modificar el concepto actual de resocialización de penados, con la utilización, entre otros, de los elementos de la criminología crítica y tiendo en mira sustituir la resocialización dirigida al preso en forma de “tratamiento” por una resocialización “espontánea”, sustentada en una política de naturaleza liberal social.

El punto de partida para el desarrollo del tema, por medio de un corte epistemológico en la aplicación del método histórico de análisis, situase en la primera parte de la investigación bajo el tema “Liberalismo económico y derechos sociales: una síntesis posible” y para ello se ha tomado como marco referencial para el análisis el nacimiento del Estado social, su concepto, su evolución, la influencia socialista, sus límites y las crisis económicas que cíclicamente tiene enfrentado, incluso en qué medida eso afecta a la realización de los derechos sociales. A pesar de las muchas críticas

recibidas hasta hoy, el Estado social ha permanecido teóricamente fortalecido aunque sus teóricos plantean una revisión de su esencia con la disminución de su intervención en la economía y de las garantías sociales hasta aquí concedidas.

Para confrontar la línea evolutiva del Estado social con el Estado liberal, el método utilizado partió de un extensivo análisis histórico evolutivo, desde LOCKE, infiriendo de forma conceptual y comparativa las diversas corrientes ideológicas y doctrinarias, bajo el punto de vista económico y político, que en su conjunto compone los valores universales del liberalismo. En su comparación, y utilizando también la Teoría del Derecho, como saber especialmente argumentativo, llegamos a la escala de otros parámetros y valores, respecto a los cuales el valor igualdad, añadido al valor libertad, lleva al desarrollo del principio de la dignidad de la persona, considerado en sí un valor jurídico supremo dentro del ordenamiento constitucional de muchos países, sobre todo en Brasil y España. En ese sentido la investigación, en esa parte inicial del trabajo, procuró mostrar la relación existente entre los postulados clásicos del Estado de Derecho y las exigencias de igualdad material típicas del Estado social.

Así, al contrastar las críticas doctrinales sobre el tema, exponemos los fundamentos de la corriente que acepta la plena compatibilidad entre la fórmula del Estado de Derecho con la del Estado social, la relación entre liberalismo y democracia o, en otras palabras, como prefiere NORBERTO BOBBIO, entre libertad e igualdad. La relación conflictiva que existe entre el

ejercicio de los derechos de libertad y el reconocimiento y la efectividad de los derechos sociales, en esa dialéctica y retórica jurídicas que se profundizan en torno de una unión tumultuaria pero imprescindible, ha llevado ROBERT DAHAL a proponer la siguiente síntesis “(...) si la democracia y el mercado son inseparables, entonces que caminen uno al lado del otro...”. De esa manera, la investigación, por su naturaleza interdisciplinar, mediante contribuciones de variadas ramas del Derecho, de la Ciencia Política y de la Sociología, tuvo que abarcar una metodología plural; no obstante, hemos tenido presente en nuestro trabajo una concepción básica y metodológicamente predominante que concibe al Derecho como fenómeno argumentativo. La primera parte del estudio intenta así buscar los fundamentos ideológicos que llevan a legitimar o a garantizar los derechos especialmente en el ámbito de los derechos sociales. Las ideologías, conforme hemos demostrado, así como moldean y configuran las constituciones, de mismo modo imprimen el rumbo a ser seguido en la interpretación. Esa influencia por parte de ideas con un fuerte sentido axiológico y, además, legitimada por las urnas, se constituye en parámetro importante, conforme HÄBERLE, en la conducción del proceso de elección, en la implementación de políticas y en la interpretación de los principios constitucionales.

En la segunda parte, bajo el tema “La legitimación judicial en la garantía de los derechos sociales” la investigación se sirve del conceptualismo jurídico, método necesario para poder comprender y analizar las diversas corrientes doctrinales de

garantías y sus contornos teóricos, además del análisis comparado de distintos ordenamientos jurídicos, en especial las constituciones de España y de Brasil, para buscar las fuentes legitimadoras del Poder judicial. Subdividida en cinco ítems para una mejor disposición de la temática, el primero de ellos procura sistematizar los conceptos de derecho sociales, la delimitación de su contenido e insertarlos en el concepto más amplio de derechos fundamentales. Históricamente esos derechos han sido un importante instrumento de redistribución de la riqueza, de realización de sociedades más igualitarias que, como bien enunció MARTÍNEZ DE PISÓN, son por igual la expresión de la solidaridad social y, sobre todo, una vía abierta para el perfeccionamiento y la emancipación del ser humano. Son derechos que tienen por objeto prestaciones concretas de bienes o servicios y que otorgan a su titular el poder de exigir prestaciones positivas. En ese contexto el Estado asume la obligación de establecer sistemas de prestaciones sociales, planificar políticas en esa dirección y promover estrategias redistributivas de riqueza; dicho de otra manera, hacer efectiva la igualdad formal del constitucionalismo clásico. El análisis, entonces, permea temas como la universalidad de su objeto, derechos subjetivos, el condicionante económico, el estándar elemental, la dignidad de la persona en el contexto social-liberal, las convergencias y contrastes entre los derechos de libertad y de igualdad, hasta llegar en las posiciones antagónicas pugnadas por diversos autores en que se hace la defensa y la negación de los derechos sociales como auténticos derechos. Son temas claves en el

estudio de los derechos sociales y que han contribuido con importantes aportaciones en este trabajo, por medio de la investigación bibliográfica, correspondiente de autores españoles, alemanes, italianos, franceses, portugueses y latinoamericanos.

A continuación mostramos la encuesta cuantitativa realizada por el gobierno federal brasileño respecto a la percepción popular de los derechos humanos en Brasil. Aquí los derechos sociales aparecen como los más importantes, con 68% de referencias, seguidos por los derechos individuales o civiles, con un 53% de referencias, y al final los derechos políticos con un 6% de referencias. Pero hay una percepción generalizada de que los derechos sociales y civiles son minusvalorados y, en menor escala, los políticos, con énfasis en el derecho a la seguridad de los ciudadanos. La encuesta apunta, en sus conclusiones, hacia el reconocimiento de los brasileños al carácter universal de los derechos humanos y de su relevancia para el bien común; para reivindicarlos incluso cuando no los denomine como tales; y para apoyar las políticas dirigidas a promoverlos, siempre que se formulen. Es importante aún subrayar el análisis comparativo e interpretativo realizado entre las constituciones española y brasileña bajo la perspectiva de aplicación inmediata de los derechos sociales y de la interpretación de los respectivos tribunales constitucionales.

En ese primer momento y siguiendo un conjunto de líneas metodológicas compatibles con la concepción del Derecho como argumentación, fue posible destacar el importante papel que

juega el Poder Judicial en el control de la garantía de la eficacia de los derechos sociales fundamentales y su importante dimensión en los estados democráticos y de Derecho. Los tribunales constitucionales, como órganos de cierre del sistema político y jurídico, desempeñan, en materia de derechos fundamentales, un papel eminentemente político al incluir a sus jueces en un proceso de creación activa de las condiciones sociales en la comunidad y al buscar soluciones exigidas por los fines e intereses sociales. En ese paso, la hermenéutica constitucional viene considerando una efectiva interrelación entre democracia, desarrollo y derechos humanos. Bajo ese enfoque analítico, la construcción de derechos subjetivos a prestaciones materiales puede hacerse a partir de la judicialización de las políticas gubernamentales, hecho que hace de la actividad jurisdiccional una inductora de la integración de los elementos jurídico, sociológico y político.

Como suele ocurrir en un trabajo de estas características, el conjunto de inferencias analizadas se ha dado con el constante apoyo de la legislación, doctrina y jurisprudencia, fuentes jurídicas calificadas. Más allá de hacer referencia frecuente en el cuerpo de este capítulo a las fundadas opiniones doctrinales de PECES-BARBA MARTÍNEZ, PÉREZ LUÑO, MARTÍNEZ DE PISÓN, LUIGI FERRAJOLI y ROBERT ALEXY, elegimos a esos autores para representar las corrientes doctrinales del garantismo en Europa. En efecto, sus teorías en el ámbito de los derechos sociales son fuentes de legitimación para las decisiones judiciales garantistas que defendemos en ese trabajo. Garantías que en el preciso sentido que le ha sido

dado por FERRAJOLI significa reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y que por ese camino posibilite la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.

Coherente con la línea de investigación aquí esbozada, conforme al enfoque analítico, nuestro esfuerzo investigativo se direcciona en ese punto a la teorización de las funciones políticas del Poder Judicial de cara a configurar las bases legitimadoras de sus decisiones en la garantía de los derechos sociales. Analizando las diversas inferencias del activismo judicial y apoyado en los parámetros doctrinales de los constitucionalistas portugueses, la investigación parte de la distinción entre función política y función administrativa para conceptuar, históricamente, los contenidos sociológicos y jurídicos de gobierno, administración y política. Cuestiones relacionadas a la extensión y a los límites del ejercicio de la función política, por parte del Poder Judicial, y de su potestad en el control de la constitucionalidad, tanto por acción como por omisión, son analíticamente inferidas.

Otras premisas son deducidas metódicamente para conocimiento de los fundamentos de la legitimación judicial, a ejemplo de la interpenetración de las funciones estatales sin causar un desequilibrio en el control del poder por el poder, so pena de comprometer el Estado democrático y de Derecho; la tónica que debe prevalecer entre los poderes, y que consiste en una integración con el inevitable entrelazamiento de las funciones; la no inmunidad de los actos de poder ante un efectivo control judicial; el surgimiento de la teoría de la

división de poderes volcada precisamente a la necesidad de poner el poder político dentro de los límites de la legalidad y de garantizar las libertades ciudadanas; la judicialización de los actos de poder como garantía contra cualquier forma actual de arbitrio, incluso las que estén promovidas por el poder económico, todas ellas sustentando la argumentación legitimadora de las garantías judiciales.

El Supremo Tribunal Federal, en Brasil, en relación con esas cuestiones, ha firmado su posición en el sentido de que siendo el Poder Judicial un órgano de la soberanía de un país, su función política y su legitimidad para garantizar los derechos sociales no hieren la esfera de competencia de los demás poderes pues considera que esa atribución conferida a sus juzgados pone en evidencia la dimensión política de la jurisdicción constitucional con relación a la cual no puede dejar de hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se identifican, en cuanto derechos de segunda generación con las libertades positivas, a riesgo de que el Poder Público, por violación positiva o negativa de la Constitución, comprometa, de manera inaceptable, la integridad del propio orden constitucional.

Por último, finalizamos el segundo capítulo analizando, desde una perspectiva procesal, los instrumentos que dispone el ciudadano para hacer valer sus derechos sociales. Los derechos humanos realzan el principio de la libertad, al igual que consagran los principios de igualdad y solidaridad. Sin embargo, el ejercicio de esos derechos depende, cada vez más, de la participación efectiva de toda la sociedad pues “el ideal

común a alcanzar por todos los pueblos y por todas las naciones” preconizados en la Declaración, es un hecho histórico de cuya importancia todos deberíamos ser conscientes, cada uno en su propia esfera de pensamiento y de acción. Para ello es importante garantizar su universalismo y su alcance ilimitado.

Bajo ese enfoque analítico, la hipótesis en que trabajamos fue en el sentido de que la garantía judicial de los derechos sociales depende, en gran medida, de la eficacia de los instrumentos procesales de que dispone el ciudadano para el ejercicio de estos derechos, e incluso con una clara comprensión de la función del Poder Judicial en el ámbito del Estado Social y Democrático de Derecho. Para conferir eficacia forzada al derecho subjetivo material, de naturaleza social fundamental, y buscar en el Poder Judicial esa actividad creadora, el derecho procesal ofrece algunos instrumentos jurídicos que fueron objeto de nuestro trabajo con soporte en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.

El tercer capítulo tiene como objeto abordar la cuestión de los derechos sociales en las cárceles de Maranhão bajo la óptica de la legitimidad judicial para controlar las garantías de los presos. La investigación en esa fase se ha valido ampliamente de datos empíricos, algunos obtenidos de trabajo de campo, que sirvieron para analizar los resultados hechos con inversiones presupuestarias en favor de la resocialización. Se sigue aquí el análisis histórico evolutivo de la pena de prisión en tres códigos criminales de Brasil, los primeros sistemas de “prisión-pena”, los orígenes y eficacia de los

sistemas progresivos, la humanización de la pena en el contexto liberal-social, y sus objetivos. La aplicación de los fundamentos y principios del Estado social y democrático de Derecho fueran destacados en la doctrina de FERRAJOLI y HASSEMER y cotejados con la realidad carcelaria del Estado de Maranhão. El garantismo, que está asociado a la tradición clásica del pensamiento penal liberal, siendo típico de la ilustración jurídica, de la tutela del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personal frente al poder punitivo, ha servido de parámetro para el desarrollo de nuestro enfoque analítico.

Contextualizando inicialmente el sistema carcelario en Brasil con datos obtenidos junto a fuentes oficiales y medios de comunicación, encontramos una situación que dificulta la realización de los derechos sociales, con uno 65% más de reclusos que de plazas carcelarias y aún más gravoso es la presencia de cerca de 60 mil detenidos, entre penados y provisionales, en Comisariás de Policía. Hay un déficit de 250.504 plazas en el país. En ese panorama se torna extremadamente dificultoso implantar el proceso de individualización de la pena así como la separación entre los presos temporales y los condenados. El país tiene hoy 288,14 presos por cien mil habitantes, siendo el 47° en ese ranking mundial, pero en términos absolutos, con un cuantitativo de 549 mil presos, tiene el 4° mayor índice de encarcelamiento entre los países. Considerando el crecimiento porcentual en el índice de encarcelamiento de todos los países, Brasil aparece en la primera posición con un porcentual de 450% en relación

a la población reclusa mundial. El crimen que más encarcela es el tráfico de drogas: 119.538 presos hasta finales de 2011. O sea, de cada cuatro presos en Brasil uno está detenido por tráfico de drogas.

La falta de estructura adecuada de la Defensoría Pública y del propio Poder Judicial compromete la capacidad para procesar, juzgar y analizar las peticiones de beneficios legales pleiteados por abogados, y otros que dejan de serlo por falta de defensores públicos para postular en favor de la gran mayoría de los reos sin medios económicos hecho que aumenta la tensión en el interior de las unidades penitenciarias. En efecto, el número de reclusos temporales aumentó un 1.253% entre 1991 y 2010, y el de reclusos permanentes se incrementó un 278% en el mismo periodo. Así, los reclusos temporales aumentaron 13,5 veces frente a los presos permanentes que aumentaron casi 4 veces, hecho que denota la lentitud del Poder Judicial. En una reciente visita de la inspección en cinco capitales del Brasil, una comitiva de la Organización de las Naciones Unidas – ONU concluyó que hay una excesiva privación de libertad en el país, una bajísima aplicación de medidas alternativas a la prisión y una grave deficiencia de defensores del pueblo para los detenidos.

En relación a la pobreza y a la criminalidad, el desarrollo humano y el encarcelamiento, no se puede decir que exista una correlación entre la tasa de presos/100 mil habitantes y el índice de Desarrollo Humano – IDH, pues la investigación demuestra que en Brasil hay Estados con alto IDH y alta tasa de presos/100 mil habitantes así como hay Estados con bajo

IDH y baja tasa de presos/100 mil habitantes. Pero es importante subrayar que las encuestas en Brasil han revelado que la sociedad exige más medidas punitivas que llevan al aumento de la población carcelaria. Medidas como la implementación de penas alternativas y la reinserción de presos no son bien aceptadas por la sociedad. El miedo y la inseguridad son sentimientos diseminados y es difícil lograr la aprobación de medidas para solucionar la superpoblación en un ambiente social y político que no es favorable.

El Estado de Maranhão tiene la menor tasa de presos del país, con 80,11/100 mil habitantes. Son 5.263 presos de los cuales cerca de 1.200 están ubicados en Comisariás de Policía. El mayor porcentaje de la población carcelaria del Estado corresponde a la franja de edad entre los 18 a 24 años (1.455 presos); y en segundo lugar están los situados entre los 25 a 29 años (1.072 presos). En total, 62,19% tiene de 18 a 29 años. A finales de 2010 una grave rebelión, que resultó en decenas de muertes y que provocó una censura de la OEA contra el Brasil, llevó al presidente del Consejo Nacional de Justicia a exigir del Estado de Maranhão providencias urgentes para sanar la grave situación en las cárceles. El gobierno local decidió entonces crear en enero de 2011 la Secretaria de Justicia y de Administración Penitenciaria con la finalidad de humanizar el cumplimiento de las penas.

En referencia a la implementación de una política eficaz de resocialización, tres obstáculos deben ser permanentemente combatidos: la opción presupuestaria, siempre reducida; el prejuicio social y la superpoblación carcelaria. Son factores que

se entrelazan y que se influyen mutuamente. Pero a pesar de tales dificultades, fue posible – en el desarrollo de una política más agresiva de resocialización, con asistencias efectivas en el ámbito de la salud, de la educación y de la asistencia jurídica, combinado con la implantación de una política de regionalización del sistema en que ocurrió la apertura de nuevas plazas carcelarias –, reducir, en dos años (2011-2012), el número de asesinatos en el interior de las unidades, en un porcentual de 87,87% y reducir el número de rebeliones en una gran proporción. Para todos esos datos empíricos se ha utilizado el trabajo de campo y de los datos obtenidos junto al Sistema de Gestión de Prisiones del propio órgano.

La fuente legitimadora del control judicial en las prisiones de Brasil es muy amplia. Y en especial para el control de la garantía de los derechos sociales de los penados. El Consejo Nacional de Justicia, órgano presidido por el presidente del Supremo Tribunal Federal, dispone de un Departamento instituido con la finalidad de hacer el seguimiento, fiscalización y ejecución de las medidas socioeducativas del sistema penitenciario. El Tribunal de Justicia del Estado de Maranhão, de manera semejante, creó en enero de 2012, mediante Ley estadual, la “Unidad de Seguimiento, Acompañamiento, Perfeccionamiento y Fiscalización del Sistema Carcelario”. Todos esos órganos, más allá de otros creados por la Ley de Ejecución Penal de Brasil, proporcionan a los jueces de ejecución, miembros de la fiscalía y a los defensores del pueblo, legitimidad para compeler el Poder Ejecutivo cuando

este falte a sus obligaciones prestacionales. Otras fuentes jurídicas también apoyan el trabajo de los magistrados como sucede con los Tratados internacionales y las normas y principios de la Constitución. Este tema complejo, ha sido estudiado por constitucionalistas y especialistas en Filosofía y Sociología del Derecho; la legitimidad del Poder Judicial en la garantía de los derechos sociales y, en especial, la resocialización de los penados, está siendo objeto de estudio por la Criminología, por la Dogmática jurídica y por la Política criminal, y tiene ante sí un gran desafío a causa de sus prácticas y resultados. Estamos en medio a una constante evolución del modelo de Estado, del Derecho y de la propia sociedad. Vivimos un proceso histórico y como tal asistimos a cambios acelerados, que condicionan las ideologías dominantes. Para huir de un proceso de investigación y análisis meramente descriptivo contribuimos con datos empíricos extraídos de la realidad brasileña y marañense.

Como aportación personal para al debate jurídico en torno a los derechos sociales en las cárceles, defendemos que independientemente de las diversas corrientes y opiniones que discuten la validez de la resocialización, los derechos sociales básicos de los presos deben ser asegurados como prestaciones estatales, con énfasis en la educación, salud, asistencia jurídica, trabajo interno e instalaciones adecuadas. Las acciones de resocialización como “tratamiento penal” o como método para “modificar” la conducta del preso violan la esfera individual y personalísima, principio básico del Estado de Derecho. La resocialización así, debe ser “espontánea” en el

sentido de que por medio de los derechos sociales permanentemente disponibles promuevan las mismas mudanzas anheladas por la “resocialización dirigida”.

Con el objetivo de contribuir al debate jurídico en torno a las garantías judiciales de los derechos sociales, por medio de un enfoque original y creemos que oportuno, siendo conscientes de los riesgos aquí asumidos concluimos esta investigación en el marco de nuestra Tesis para colacionar al grado de Doctor por la Universidad de Salamanca.

**CAPÍTULO I: LIBERALISMO ECONÓMICO Y DERECHOS
SOCIALES: UNA SÍNTESIS POSIBLE**

CAPÍTULO I

1.1. Liberalismo económico y derechos sociales: una síntesis posible

1.1.1. El Estado social: del liberalismo al garantismo¹

Hablar del Estado social hoy día implica hablar del concepto, de sus límites, de la crisis en la que está involucrado y de su virtual futuro en medio de tanta incertidumbre. También es importante conocer su evolución histórica y sus diversos planos y matices, incluso sus contradicciones y convergencias con el Estado liberal. Tenemos que decir, por lo tanto, que comenzamos a hablar del Estado Social cuando muchas demandas sociales destinadas a la modificación de las condiciones de vida de los grupos menos favorecidos han sido planteadas y consagradas normativamente, pero que hubo que esperar hasta finales del siglo XIX y primer tercio del XX² para que se iniciara un significativo movimiento reivindicativo en esa dirección. El exceso de oferta de mano de obra, junto con las condiciones infrahumanas de trabajo y la baja remuneración, como resultado de la Revolución industrial

¹ En la abalizada doctrina de FERRAJOLI, "...el garantismo es sinónimo de 'Estado constitucional de derecho', o sea, de un sistema que recoge el paradigma clásico del Estado liberal, extendiéndolo en dos direcciones: de un lado, a todos los poderes, no sólo al judicial sino también al legislativo y al ejecutivo, y no sólo a los poderes públicos sino también a los privados; de otro lado, a todos los derechos, no sólo a los de libertad sino también a los sociales, con el consiguiente surgimiento de obligaciones, además de prohibiciones, para la esfera pública." Conf. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, prólogo de Miguel Carbonell, pág. 199.

² Una explicación más completa de esta evolución se puede ver en COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *in Estado Social y Derechos de Prestación*. Madrid, CEC, 1989; y también en GARCIA PELAYO, *in Las transformaciones del Estado Contemporáneo*.

provocó, en esos aglomerados urbanos, los primeros movimientos socialistas y el inicio de un amplio proceso intervencionista por parte del propio liberalismo, como respuesta a la llamada “cuestión social” que tuvo, en esa época, dos vertientes distintas: la que preconizaba la deflagración de un proceso revolucionario y la que acabó imponiéndose y que fue la vía del socialismo moderado, con reformas sociales susceptibles de generar una relativa homogeneidad entre las diferentes clases sociales.³

De esta manera, nos encontramos ante los precedentes del concepto actual de Estado social. En aquel periodo se dio la regulación de mínimos y máximos laborales, auxilio a los parados, educación, beneficencia pública, entre otras conquistas sociales, hasta un conjunto complejo de requerimientos y prestaciones de contenidos distintos. Las extremas desigualdades sociales, como fruto de las relaciones laborales excesivamente penosas para la clase obrera, hicieron que el capitalismo liberal de los Estados europeos, con temor a una revolución violenta, dictaran leyes de contenido social.⁴

³ En este sentido véanse los socialistas moderados LASSALLE, BERNSTEIN, KAUTSKY, al igual que el pensamiento social-conservador de LORENZ von Stein, H. WEGENER, entre otros – *apud* CARMONA CUENCA, Encarnación, *in Formación Histórica del Concepto de Estado Social de Derecho*, Madrid, CES, 2000, p.32-33.

⁴ Un abordaje económico de ese período puede ser leído en DELFAUD, Pierre, *in As Teorías Económicas*, Rio de Janeiro, Editora Zahar, 1987, traducción de Álvaro Cabral, revisión técnica de Jaques Kerstenetzky, del título original *Les Théories Économiques*, 1986. También en el capítulo “Intervenção do Estado no domínio econômico” del libro *Direito Econômico*, de LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999, págs. 206-247. Véanse en ese mismo sentido el capítulo “Estado e Economia” del libro *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* de ROBERTO GRAU, Eros. São Paulo, Editora Malheiros, 4ª edición, 1998, págs.13-36.

Por ejemplo, en Inglaterra las leyes pasaron a regular las relaciones laborales, especialmente los horarios de trabajo y el descanso semanal. Pero fue sobre todo en Alemania, entre 1883 y 1889, donde se dictaron importantes leyes de carácter social, favorecidas por circunstancias históricas, como la búsqueda del respaldo popular para facilitar el proceso de reunificación. De este modo una política social bastante desarrollada fue implementada basándose en un sistema de seguros sociales, como la regulación de la seguridad de los trabajadores frente a los accidentes de trabajo y la creación de un sistema de seguros de enfermedad, origen remoto de los actuales Sistemas Nacionales de Salud.⁵ El proceso de reformas sociales en España se inició con la *Ley de 24 de julio de 1873*, reguladora del trabajo de los menores y, con relación a horarios y condiciones de trabajo, también se dictaron otras leyes.⁶ Respecto a Inglaterra, las antiguas leyes de pobres sufrieron una revisión general en 1905, planteando su abolición y sustitución por un Programa General de Seguridad Social que, más adelante, influiría en el Plan Beveridge.⁷ Otros

⁵ Cf. CARMONA CUENCA, Encarnación, ob. cit., pág. 41. Entre las leyes están: (1) Ley de 15 de junio de 1883, que estableció el seguro de enfermedad obligatorio para los obreros de la industria cuya renta anual no sobrepasara los 2.000 marcos; Ley de 1884 sobre accidentes laborales; y Ley de 1889 que instituyó un primer sistema obligatorio de jubilación. Posteriormente, en 1891, se dictaron otras normas en las que se estableció la jornada laboral máxima en 11 y 10 horas para las mujeres y niños, respectivamente.

⁶ Ley de 26 de julio de 1878 sobre trabajos peligrosos de niños; Ley de 13 de marzo de 1900 sobre trabajo de mujeres y niños; Ley de 8 de marzo de 1904 sobre trabajo dominical; Decreto de 20 de junio de 1902 restringiendo la autonomía de las partes en el contrato de trabajo; y Decreto de 3 de abril de 1919 estableciendo la jornada de ocho horas, cf. CARMONA CUENCA, Encarnación, ob. cit., pág. 42.

⁷ El informe, titulado *Report to the Parliament on Social Insurance and Allied Services*, o "Informe al Parlamento acerca de la seguridad social y de las prestaciones que de ella se

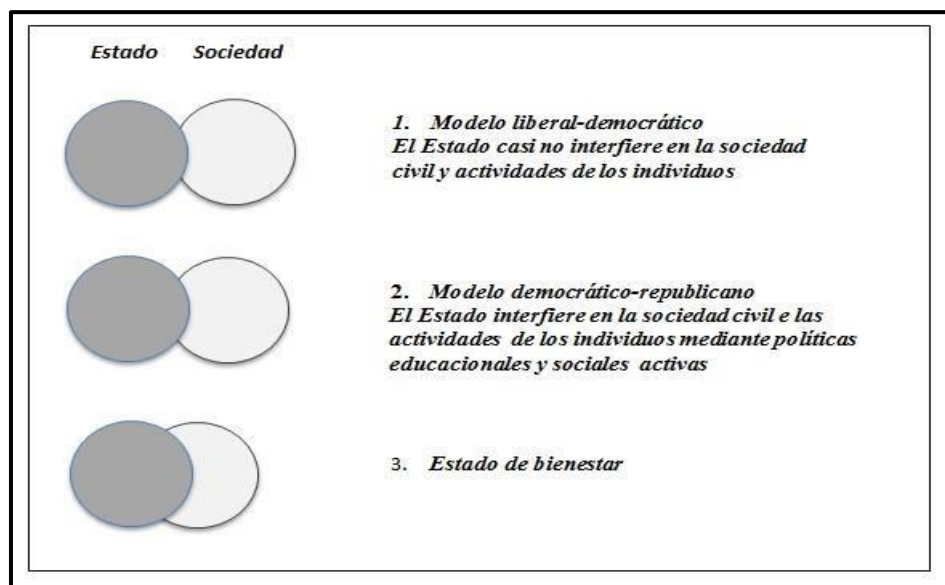
hechos históricos destacados en el avance del constitucionalismo social ⁸ fueron la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constitución francesa, la Constitución de México de 1917 y la Constitución alemana de Weimar de 1919.

En un análisis bien documentado, GONZALO y REQUEJO⁹ afirman que las relaciones entre Estado y sociedad, “visto desde la óptica del paradigma teórico de la democracia liberal, estaban experimentando un cambio de largo alcance, cuyas consecuencias sólo serían percibidas mucho más tarde.” Así, la figura a seguir refleja la realidad de una época:

derivan", se hizo público en 20 de noviembre de 1942 por W.H. Beveridge, por lo tanto en pleno periodo de la II Guerra Mundial. Su elaboración es debida a una determinación del ministro Mr. Arthur Greenwood, del gabinete Churchill, que para ello ha constituido, en junio de 1941, un "Comité Inter-Ministerial de Seguros Sociales y Servicios Idénticos" bajo la presidencia de William Beveridge. Es con él que la expresión *WELFARE STATE* recibe el sentido que tiene hoy. El Plan decía que "el desempleo es la peor forma de pérdidas, quiere aumentando coste al beneficio, quiere reduciendo el rendimiento para soportar aquello coste." Y aún: "La erradicación de la miseria no puede ser conseguida solo por el aumento de la producción, sin corregir la distribución del producto (...) El Plan es puesto como una parte de un programa general de política social. Es una parte solamente de un ataque contra cinco males gigantescos: la miseria física...; la enfermedad...; la ignorancia...; la sordidez...; y la ociosidad...". En sus consideraciones finales, di el Plan: "La liberación de la miseria no puede ser forzada por una democracia o dada a una democracia. Ella debe ser alcanzada por ellas. Alcanzarlas necesita de coraje y fe y un sentido de unidad nacional (...) ". – Datos corregidos en una antigua edición portuguesa del famoso informe: BEVERIDGE, William H., *in O Plano Beveridge - com um estudo do Prof. MARQUES GUEDES*. Lisboa, Editorial Século, 342 páginas (sin fecha).

⁸ Para MIGUEL CARBONELL, "hace falta construir un constitucionalismo de derecho privado, un constitucionalismo cosmopolita y un constitucionalismo para los derechos sociales (o constitucionalismo de la igualdad), así como dotarlos de las respectivas garantías; en esos tres ámbitos la discusión no solamente no está cerrada, sino que apenas comienza." – en el prólogo del libro de FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., pág. 21-22.

⁹ GONZALO, Eduardo y REQUEJO, Ferran. "Las democracias", *in Manual de Ciencia Política*, Madrid, Editorial Tecnos, 2ª edición, 2004, pág. 195.



No obstante, si las demandas iban siempre dirigidas al Estado para que éste otorgase prestaciones directamente, en un primer momento la mayoría de las respuestas se daba por vía legislativa o simplemente administrativa. El objetivo era establecer un mínimo de condiciones de vida denominadas “políticas del Estado benefactor.”¹⁰ En las tres primeras décadas del siglo XX, sobre todo en el período de entreguerras, se registró una creciente conflictividad y en varias Constituciones las exigencias se acumularon en normas de diferentes matices, tales como derechos, declaraciones o principios de acción, todas ellas con tendencia a declarar la concesión de medios para cubrir carencias de los colectivos en situación social desfavorable. Es en este “cambio de fuente” donde COSSÍO DÍAZ sitúa el nacimiento del Estado Social, teniendo en cuenta dos aspectos: el hecho que representó llevar este tipo de declaraciones a la Constitución y, sobre

¹⁰ COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *Estado Social y Derechos de Prestación*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág.32.

todo, “las razones que lo permitieron”. En su fundamentada doctrina aduce que “la previsión de una línea de conducta para el Estado por la que regule fenómenos sociales, asuma la protección de sectores de la población, conciba políticas de recaudación, gasto para alcanzar tales fines (...) significa superar la hasta entonces mítica división entre Estado y sociedad.” Es esta confluencia entre las nuevas tareas constitucionalizadas y los cambios que se han producido derivadas de ellas lo que suele denominarse Estado social, aunque haya acentuadas diferencias entre los postulados propios de cada ordenamiento, pues “tanto los mínimos garantizados como las atribuciones previstas para satisfacerlos, pueden variar.”¹¹

Es necesario señalar, sin embargo, que la unión de los dos términos “Estado de Derecho” y “Estado social”, es consecuencia de la expresión alemana *sozialer Rechtsstaat*, acuñada por HERMANN HELLER en 1929. Su intento era el de contraponer el Estado de Derecho liberal y puramente formalista a un Estado de Derecho material, con la finalidad de permitir a todos los ciudadanos el acceso a los postulados del Estado de Derecho clásico.¹² Pero fue solamente con la Ley Fundamental de Bonn de 1949 cuando el Estado social de Derecho recibió su consagración constitucional que, por supuesto, ha servido de modelo para la Constitución española.

¹¹ Cf. COSSIO DÍAZ, José Ramón in ob. cit., pág. 32-33

¹² Cf. referencia hecha por CARMONA CUENCA, Encarnación, in *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid, CES, 2000, pág. 17.

Así pues, la introducción de este concepto se produce en los siguientes términos:

“Artículo 20.1: La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social.”

“Artículo 28.1: El orden constitucional en los Länder debe responder a los principios de Estado de Derecho republicano, democrático y social, en el sentido de esta Constitución.”

Aun así es oportuno preguntarse cuál es el valor jurídico de la expresión “Estado social de Derecho”, también adoptada por la Constitución española en su artículo 1º. ERNST FORSTHOFF intentó conceptualarlo con la palabra *Daseinvorsorge* que podría traducirse como “procura existencial”. Este concepto, criticado por su vaguedad, hace referencia a todas aquellas nuevas funciones de las que se tiene que encargar el Estado en la moderna sociedad industrial y que tienden a asegurar la existencia de todos los ciudadanos. En el Estado social la Administración se configura como “aportadora de prestaciones”, asumiendo así mayores responsabilidades. El reto consiste, entonces, en garantizar esa protección mediante alguna de las formas de Derecho público. Incluso FORSTHOFF pretende destacar las tres funciones fundamentales del Estado: (1) el derecho al trabajo y a una remuneración equitativa; (2) regulación de la demanda, de la producción y del consumo; y (3) aportación de prestaciones, de las cuales depende el hombre de un modo perentorio. Él afirma

que no cabe fundamentar en el concepto de “procura existencial” una pretensión en el sentido de que la Administración cree o mejore ciertos servicios. O sea, “dada una prestación concreta ofrecida a la generalidad, cualquiera que cumpla el supuesto de hecho de la norma puede pretender ser beneficiario de aquélla, pero – advierte – nunca significaría un deber de la Administración realizar determinadas prestaciones sociales”¹³. Niega, así, la juridicidad del concepto de Estado social y su capacidad de generar derechos y obligaciones, aunque no esté apoyado por la doctrina mayoritaria. BENDA, por ejemplo, resalta que la apertura y flexibilidad del estado social no hace desaparecer el mandato del Estado social. “El Estado está –nos dice– constitucionalmente obligado a actuar en el sentido de la consecución de una mayor justicia social, aunque las formas concretas de hacerlo requieran un constante replanteamiento”. En este sentido, entiende que

“la cláusula del estado social ha de ser interpretada como una norma definidora de los fines del Estado, que obliga y justifica al legislador a actuar en términos de configuración social. Su misión está dirigida, ante todo, a asegurar un mínimo existencial de cada persona”.¹⁴

Podemos decir, siguiendo la opinión de GARCÍA COTARELO, que el Estado social pretende realizar “una

¹³ Cf. E. FORSTHOFF, apud CARMONA CUENCA, Encarnación, ob. cit., págs. 60-61.

¹⁴ Cf. CARMONA CUENCA, Encarnación, ob. cit., págs. 74-75.

síntesis de los principios fundamentales que inspiran el pensamiento político occidental contemporáneo, la libertad y la igualdad; pretende mantener un régimen de libertades formales al tiempo que avanza en un sentido de progresiva igualdad entre los individuos.”¹⁵

Por su parte, ÁLVAREZ CONDE¹⁶ entiende como la mayoría de la doctrina y apoyado en PICÓ, que “el Estado social, como estructura moderna del Estado, ha operado una serie de transformaciones y cambios en la sociedad, difíciles de suprimir”. Pero reconoce que

“el problema de reconciliar libertad-igualdad-democracia y crecimiento económico en las formas capitalistas modernas ha tenido, durante veinticinco años, una nueva formulación, que a muchos ha parecido superior a las formulaciones anteriores, y sus desarrollos futuros no podrán prescindir de esta experiencia histórica.”

Sin embargo, fundadores del neoliberalismo como HAYEK, en contra a esa corriente, señalan la incompatibilidad entre el Estado de bienestar y las garantías del Estado de

¹⁵ CARMONA CUENCA, Encarnación, en su libro *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, ob. cit., pág. 80, hace alusión a la obra de Ramón García Cotarelo, Origen y desarrollo del Estado del Bienestar, SISTEMA nº 80-81, 1987, pág.19.

¹⁶ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I, 5ª edición. Madrid, Editorial Tecnos, 2005, pág. 111 en referencia a la obra de J.PICÓ, *Teorías sobre el Welfare State*, SISTEMA, nº 70, 1986, y *Teorías sobre el Estado del bienestar*, Madrid, 1987.

Derecho en la medida en que tiende a quebrantar principios como el de legalidad y el de jerarquía normativa, entre otros.¹⁷

Así, el Estado social ha sufrido acerbos críticas y periódicamente ha entrado en crisis, como en las recesiones de mediados de los años setenta, la recesión de principios de los ochenta y ahora, con la recesión de las primeras décadas del siglo XXI.

Hacer frente a cada vez más demandas de la sociedad implica contar con medios materiales suficientes y, consecuentemente, con la existencia de un producto social en constante aumento. Pero, ¿qué se puede hacer cuando la situación económica no permite asegurar este aumento? Para los críticos más contundentes del Estado social, siguiendo el ejemplo de los neoliberales, la respuesta a esta indagación debe ser simplemente la eliminación de este tipo de Estado (HAYEK)¹⁸. Para ellos, la causa efectiva del estancamiento de las economías occidentales está en la expansión de este modelo de gestión pública, el cual tiene una política fiscal casi confiscadora y a la vez agotadora de los recursos de la iniciativa privada, “única fuente real de riqueza en las sociedades”.

¹⁷ Cf. CARMONA CUENCA, Encarnación, ob. cit., pág. 86.

¹⁸ Para una buena comprensión del pensamiento político de HAYEK, Friedrich A., véase el clásico *Camino de servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid, 2006 cuya primera edición fecha de 1944, traductor José Vergara del título original *The Road to Serfdom*. De igual modo, la obra *Os Fundamentos da Liberdade*, Brasília-DF, 1983, Editora Universidade de Brasília, traducción de Anna María Capovilla y José Ítalo Stelle, del título original *The Constitution of Liberty*, University of Chicago, 1972, en especial el capítulo XVII, “O declínio do socialismo e a ascensão do Estado previdenciário”, pág. 307-344.

Además de ello, el Estado de bienestar, al atentar contra los principios de libre mercado, atenta también contra el fundamento mismo de la libertad.¹⁹ LUDWIG VON MISES²⁰ sigue en la misma línea de raciocinio al criticar duramente el intervencionismo del Estado social llegando a decir que el fin del interludio intervencionista está próximo por tres razones básicas: 1) las medidas restrictivas siempre disminuyen la producción y la cantidad de bienes disponibles para el consumo; 2) todas las variedades de interferencias en los fenómenos del mercado no sólo dejan de alcanzar los objetivos deseados sino que también provocan un estado de cosas peor que la situación que se pretendía alterar. Y para corregir los indeseados efectos de una intervención, se recurre a intervenciones cada vez mayores lo que acaba por destruir la economía de mercado; y 3) el intervencionismo pretende confiscar lo que una parte de la población tiene de “excedente”

¹⁹ Para HAYEK, “no cabe duda que uno de los principales fines de la política deberá ser la adecuada seguridad contra las grandes privaciones y la reducción de las causas evitables de la mala orientación de los esfuerzos y los consiguientes fracasos. Pero si esta acción ha de tener éxito y no se quiere que destruya la libertad individual, la seguridad tiene que proporcionarse fuera del mercado y debe dejarse que la competencia funcione sin obstrucciones. Cierta seguridad es esencial si la libertad ha de preservarse, porque la mayoría de los hombres sólo estará dispuesta a soportar el riesgo que encierra inevitablemente la libertad si este riesgo no es demasiado grande.” En respecto a la exaltación de la seguridad a expensas de la libertad, dice HAYEK: “...la libertad sólo puede conseguirse por un precio y que, como individuos, tenemos que estar dispuestos a hacer importantes sacrificios materiales para salvaguardar nuestra libertad. Si deseamos conservarla, tenemos que recobrar la convicción en que se basó la primacía dada a la libertad en los países anglosajones, y que BENJAMIN FRANKLIN expresó en una frase aplicable a nosotros en nuestras vidas individuales no menos que como naciones: ‘Aquellos que cederían la libertad esencial para adquirir una pequeña seguridad temporal no merecen ni libertad ni seguridad.’”

²⁰ VON MISES, Ludwig. *Ação Humana. Um Tratado de Economia*. São Paulo, Instituto Ludwig von Mises, 2010, pág. 968-969, traducción de Donald Stewart Jr. del título original de la edición inglesa, *Human Action: A Treatise on Economics*.

y distribuirlo a otra parte. Una vez que ese excedente ya haya sido totalmente confiscado, tornase imposible proseguir en esa política. Subraya, además, que “considerar la nuestra era como una era de transición es apenas un expediente mediocre pues en el mundo real, la mudanza es permanente. Toda era es una era de transición”.²¹

A pesar de todas estas críticas, el Estado social permanece teóricamente fortalecido incluso en medio de las crisis cíclicas del mercado, aunque sus teóricos plantean una revisión de su estructura en la cual se permita reducir sus funciones, es decir, disminuir en grado relativo la intervención del Estado en la economía a la par que se reduce su actuación asistencial. Aun así, el Estado social, que ya sobrevivió a varias “transiciones” en el marco de las “mudanzas permanentes del mundo real”, debe seguir cumpliendo sus fines, procurando, de esta manera, corregir sus disfunciones, conforme volveremos a ver más adelante.

1.1.2. Libertad e igualdad en el Estado social

La realización de una idea de igualdad, en ocasiones llamada material, a partir de la asignación estatal de mínimos materiales a favor de grupos sociales, puede ser considerada como el fin perseguido por el Estado social, aunque algunos Estados no incorporen en su texto constitucional “un inventario exhaustivo de tareas y contenidos a efectuar en este

²¹ VON MISES, Ludwig, ob. cit., pág. 970.

sentido”, a ejemplo de la Ley Fundamental de Bonn, o no acojan expresamente la expresión, como es el caso de la Constitución italiana, entre otras. El Estado social, así, se caracteriza por el valor “igualdad”; si se añade el valor “libertad” del Estado de derecho, que tiene por presupuesto de actuación el pluralismo político del Estado democrático, su fin último a desarrollar es el principio de la dignidad de la persona, valor jurídico supremo dentro del ordenamiento constitucional. Tales valores forman, entonces, las bases del Estado social y democrático de derecho.²² Es importante subrayar, además, que la concepción de “dignidad de la persona” no implica establecer valores supra-constitucionales pues, en opinión de COSSIO DÍAZ, “el contenido de la dignidad se establece a partir de las interrelaciones entre los valores “libertad” e “igualdad”.

La Constitución española de 1978, por ejemplo, en su artículo primero, configura el Estado como “social y democrático de Derecho”, mientras que la Constitución brasileña de 1988, en su artículo primero, considera el Estado como “democrático de Derecho”, pero resta claro la idea subyacente del Estado social cuando expone sus fundamentos, los cuales son la ciudadanía y la dignidad de la persona, así como sus objetivos fundamentales: erradicar la pobreza y la

²² COSSIO DÍAZ, José Ramón, señala que en Alemania Federal el Tribunal Constitucional estableció la dignidad de la persona como «el valor jurídico supremo dentro del ordenamiento constitucional» - ob. cit., pág.36.

marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales. Para GONZÁLEZ MORENO²³, la Constitución del

Estado social se justifica, históricamente, por el intento de remediar la desigualdad material de los ciudadanos, sometidos “a las tercas leyes del mercado, que generan profundas diferencias sociales”. Hay, efectivamente, un compromiso del Estado en conseguir que “la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (...) y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (art.9.2 CE). Por el contrario, hasta para un conservador, como LORENZ, la libertad sólo existiría para quienes posean las condiciones sociales y materiales que les permita disfrutar de ella.²⁴

En el análisis histórico de GERHARD A. RITTER²⁵, el Estado social es también “como el Estado de bienestar moderno en su completa configuración, una forma especial de la democracia de masas”. Lo social y la democracia tienen una raíz común en la legitimación del poder como “poder a través del pueblo” y “poder para el pueblo”. Algunos elementos

²³ GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid, Civitas, 2002, pág.38.

²⁴ LORENZ von STEIN, apud DE VEGA GARCÍA, Pedro, in “En torno al concepto político de Constitución”, pág. 715, in *El Constitucionalismo en la crisis del Estado social*. Bilbao, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1997.

²⁵ A. RITTER, Gerhard. *El estado Social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*. Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, pág. 26, traducción de Joaquín Abellán de la edición original *Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich*. Munich, 1989.

concretos del Estado social –especialmente en el terreno de la seguridad y de la asistencia social – pueden estar ya contenidos en los Estados predemocráticos en diferente medida o pueden constituir partes esenciales de los Estados socialistas de planificación central, de Estados autoritarios o incluso de las dictaduras fascistas. De esa manera – expone A. RITTER,

“el concepto de Estado social permite tanto explicar la continuidad con viejas formas de asistencia social por parte del Estado y de la sociedad y de derechos de participación social, como elaborar coincidencias y las diferencias existentes con Estados contemporáneos no democráticos que se esfuercen por fomentar el bienestar de los ciudadanos.”²⁶

Permite además tratar en los Estados concretos la significación de sus diferentes componentes: las medidas estatales de asistencia social al individuo y de control del mercado de trabajo, el papel de las organizaciones de autoayuda, la función de la legislación en la regulación de la relación laboral individual y de las relaciones entre las partes intervinientes en los convenios colectivos, la extensión de los servicios sociales, la igualdad de oportunidades o la redistribución de la renta. El profesor de Historia Moderna y Contemporánea en la Universidad de Munich remata, entonces, que el papel que juegue cada uno de estos elementos del Estado social “es un indicativo importante para determinar

²⁶ Conf. A. RITTER, Gerhard, ob. cit., pág. 27.

el carácter del sistema político, social y económico de cada país en concreto”.²⁷

Para autores en el ámbito de la economía política, como CARLOS BERZOSA²⁸ el Estado del bienestar se asienta en tres pilares básicos: la salud, la educación y las pensiones, que junto con los seguros constituyen todo el entramado de lo que se entiende como tal. Sin embargo, advierte de que esas acciones deben tener un carácter universal permitiendo que todo ciudadano, por el mero hecho de serlo, tenga derecho a ellas. ²⁹ Así, establece una distinción entre “Estado de

²⁷ A. RITTER, Gerhard, ob. cit., pág. 35-36. Véase también FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, in *“El Estado social”*, Madrid, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 23, núm. 69, Septiembre-Diciembre 2003, pág. 139-179; ARAGON REYES, Manuel, in *Libertades Económicas y Estado Social*, Madrid, 1995, Maite Vincueria, pág.121-141; PÉREZ ROYO, Javier, in *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 2007, Undécima edición, revisada y puesta al día por MANUEL CARRASCO DURÁN, Marcial Pons, pág. 165-172; REQUEJO COLL, Ferran, in *Teoría Crítica y Estado Social*, Barcelona, Editorial Anthropos, pág. 131-145; LUHMANN, Niklas, in *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Madrid, 2002, Alianza Editorial, pág. 31-47; FERNÁNDEZ GARCÍA, Tomás Y LÓPEZ PELÁEZ, Antonio in *“El Estado de bienestar: orígenes y perspectivas”*, in *Política Social y Estado de Bienestar*, Valencia, 2006, Tirant Lo Blanch, pág. 15-47.

²⁸ BERZOSA, Carlos. *Los desafíos de la economía mundial en el siglo XXI*. Nivola, Tres Cantos, ES, pág. 82.

²⁹ En contra a esa posición ver, entre otros, PERCES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, in *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Madrid, Editorial Dykinson, 2004, pág. 65-66: “Se trata de tratar desigualmente a los desiguales, por lo que titulares de los derechos económicos, sociales y culturales sólo deben ser aquellas personas que necesitan el apoyo, y no quienes no lo necesitan. Igualdad como diferenciación (que es un medio para alcanzar, como meta, la igualdad como equiparación), y universalidad en el punto de llegada (y no como partida como ocurre con los derechos civiles, individuales y políticos), son los rasgos identificadores de estos derechos.” Por razones políticas o por otras razones, explica PERCES-BARBA MARTÍNEZ, “se ha producido una gran confusión en el Estado social y se ha considerado meta de estos derechos la generalización de los mismos a todos los hombres, con lo cual se ha desviado su objetivo y se han favorecido situaciones de injusticia”. A su juicio, la llamada “generalización de la protección de la salud o de la gratuidad de la enseñanza, ha desvirtuado la finalidad de esos derechos al acoger a quienes tienen medios para satisfacer esas necesidades, junto con los que no podían hacerlo por sí mismos”. Así, en

bienestar” y “Estado asistencial”, incluyendo entre estos a los que atienden sólo a los necesitados en temas como la salud, la educación y la beneficencia para los pobres.

No obstante el contenido del Estado social puede ser determinado desde “los fines sociales del Estado”, conforme señaló HANS F. ZACHER³⁰: (1) ayuda contra la pobreza y las necesidades y una existencia mínima digna para todos; (2) mayor igualdad mediante la eliminación de las diferencias en el bienestar y control de las situaciones de dependencia; (3) mayor seguridad frente a las situaciones cambiantes de la vida; (4) fomento y extensión del bienestar.

La complejidad del Estado social y democrático de derecho, por su concepto y sus fines, ya apuntan *prima facie* a las dificultades en su concretización.

consecuencia y conforme el entendimiento de PECES-BARBA, los destinatarios de los derechos sociales son sólo los afectados por las carencias.

³⁰ *Apud* GERHARD A. RITTER, ob. cit., 34.

1.1.3. República: ¿una democracia contestataria?³¹

El término “república”, tanto en la teoría como en las ciencias políticas, puede referirse a varias formas de estado. El significado de ese término evoluciona y cambia con el tiempo, adquiriendo connotaciones diversas, pero su distinción fundamental se hace con respecto a la monarquía. Mientras que en la república el jefe de Estado es elegido por el pueblo, directa o indirectamente, en la monarquía el jefe de Estado accede al poder por derecho hereditario.

En general se ha definido la república como la forma de gobierno de los países en los que el pueblo tiene la soberanía o la facultad del ejercicio de poder, incluso cuando el pueblo delega ese poder de manera soberana en los gobernantes que

³¹ Para PHILIP PETTIT, *in Republicanismo – Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1999, pág. 358, traducción de Toni Domènech, del título original *Republicanismo. A Theory of Freedom and Government*, publicado por Oxford University Press, 1997, “una democracia contestataria tendrá que ser deliberativa, y requerirá que las decisiones se basen en consideraciones de un supuesto interés común, si tiene que haber una base sistematizada para que la gente pueda cuestionar lo que hace el gobierno; una forma de hacerlo sería poner en duda las consideraciones apeladas diciendo que no son apropiadas, o manifestando que la iniciativa tomada nos es apoyada por ellos. Una democracia contestataria tendrá que ser también incluyente, dar espacios para que gentes procedentes de todos los rincones de la sociedad puedan impugnar las decisiones legislativas, ejecutivas o judiciales. Este requisito significa que el estado tendrá que ser representativo de diferentes sectores de la población, que los canales de disputa tendrán que estar bien establecidos en la comunidad y que el estado tendrá que guardarse de la influencia de las organizaciones empresariales y de otros intereses poderosos. Por último, una democracia contestataria tendrá que ser sensible a las críticas lanzadas contra las decisiones estatales. Tendrá que haber ordenamientos que permitan una audiencia adecuada – una audiencia adecuada, no una audiencia popular – de las quejas procedentes de distintos ámbitos; tendrán que realizarse procedimientos de toma de decisión que disfruten del crédito general; y en caso de perderse ese crédito, tendrá que haber posibilidades de secesión, o modos de dar a los disidentes el tipo especial de estatus concedido tradicionalmente a los objetores de conciencia.”

elige. En la extensa obra de PHILIP PETTIT,³² la república se basa en el “imperio de la ley” y no en el “imperio de los hombres”: tanto los gobernantes como los gobernados se someten por igual a un conjunto de principios fundamentales generalmente establecidos en una constitución.³³

Hay dos situaciones distintas que pueden conducir a ambigüedades en las definiciones cuando se aplican a la palabra república. La primera de esas situaciones se refiere a los países que tienen sistemas dictatoriales o autócratas, como Cuba, China y Corea del Norte, donde el pueblo no es soberano

³² PETTIT, Philip, *in Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1999, pág. 227-228, traducción de Toni Domènech, del título original *Republicanismo. A Theory of Freedom and Government*, publicado por Oxford University Press, 1997.

³³ En la exposición de PHILIP PETTIT, “en cualquier escenario plausible, habrá tres condiciones genéricas que un sistema no-manipulable tendrá que satisfacer (...) La primera condición es, por usar la formulación de James Harrington, que el sistema constituya “un imperio de la ley y no de los hombres”; la segunda, que disperse los poderes legales entre las diferentes partes; y la tercera que haga a la ley relativamente resistente a la voluntad de la mayoría. La condición del imperio de la ley tiene que ver con el lugar y el contenido de las leyes; la condición de dispersión del poder, con el funcionamiento cotidiano de esas leyes; y la condición contramayoritaria, con los modos de alterar legítimamente las leyes.” - Ese concepto va en contra la idea desarrollada por RICHARD PRICE en la Inglaterra de 1778: “La libertad es definida de manera demasiado imperfecta cuando se dice que ella es el gobierno de leyes y no el gobierno de hombres”. Y añade: “Si las leyes son hechas por un hombre o por una facción dentro de un Estado y no por el consenso común, ese gobierno no es diferente de la esclavitud.” Así, concluye, “sería un error decir que la libertad consiste en estar sujeto solamente a la ley.” – Conf. citación de F.A. HAYEK, in *Os Fundamentos da Liberdade*. Brasília, Editora UNB, 1983, pág.204, traducción de Anna Maria Capovilla y José Ítalo Stelle, del título original *The Constitution of Liberty*, 1960, University of Chicago. – Es verdad que un siglo antes, otro inglés, JOHN LOCKE, decía que “Donde termina la ley empieza la tiranía, desde que la ley sea transgredida en perjuicio de alguien”. Pero en el contexto de la obra lockeana, infiérase que la ley que no respeta el consenso común, y que se dirige con frecuencia a la satisfacción de los deseos exorbitantes de los gobernantes, ley no es, pero tan solo un orden despótico y tirano, como suele ocurrir en gobiernos autoritarios, ilegítimos y dictatoriales. LOCKE, John. *Segundo Tratado*. Rio de Janeiro, Editora Vozes, 1994, traducción de Magda Lopes y Marisa Lobo da Costa, pág. 206-212.

y aun así el país se autodenomina república. La otra hace referencia a las monarquías elegidas con soberanía popular (prácticamente inexistentes en la actualidad), o las llamadas monarquías constitucionales, como la de Inglaterra o España, que serían repúblicas en el sentido tradicional porque la soberanía reside en el pueblo que la otorga, con más o menos atribuciones, a un monarca no soberano. Sin embargo, en la práctica jamás se podría denominar república a una monarquía o a una dictadura. Quienes argumentan que sí es posible llamar república a una monarquía constitucional, como PHILIP PETTIT, se apoyan en ROUSSEAU, para quien una monarquía en la que el rey se somete a la ley y que tiene un estado democrático de derecho debería llamarse república, puesto que lo importante es la libertad, y la libertad consiste en no ser súbdito de nadie.³⁴

Los principales analistas políticos creen que la Primera Guerra Mundial puso fin a las monarquías tradicionales y que la forma de Estado republicano, según su definición clásica, se

³⁴ En entrevista con J.M. MARTÍ FONT, en El País, Madrid, 25 de julio de 2004, dice PETTIT: "No se trata de destronar a las monarquías. Es la idea de que una persona no puede ser dueña de otra. Tiene su origen en la Roma clásica y puede seguirse la pista en el Renacimiento y en los movimientos de finales del siglo XVIII en Inglaterra y en América. Consiste básicamente en no tener dueño, en ser libre. En la Inglaterra del siglo XVIII, quienes se consideraban republicanos usaban el término "Commonwealth", en el sentido latino de "res publica", de bien común, pero estaban satisfechos con la idea de una monarquía constitucional. JEAN-JACQUES ROUSSEAU dice que una monarquía en la que el rey está sometido a la ley y en la que funciona un Estado de derecho, debe ser llamada república. Podríamos llamarlo ciudadanía porque lo que lo define es la diferencia entre súbdito y ciudadano. En política, lo más importante es la libertad, porque la libertad significa no ser súbdito de nadie, ni de un poder público ni de un ciudadano privado."

impuso en la mayoría de los estados desarrollados, sean o no monarquías.

La república de los antiguos y de los modernos – Los romanos llamaron *res publica* a la nueva forma de organización del poder tras la exclusión de los reyes. La *res pública* pone de relieve la cosa pública, la cosa del pueblo, el bien común, la comunidad. En la Edad Media, para denominar a las formas específicas de poder que existían en ese momento, se usó la expresión *regnum* y *civitas*, siendo esta última palabra, junto con *communitas* y *populus*, la que señalaba la existencia de pequeñas repúblicas. Destacó también como síntesis política de la Edad Media la *res publica christiana* que pretendía coordinar los “dos poderes universales: la Iglesia y el Imperio”.

En la Edad Moderna, el término república se seculariza, pero conserva el significado ciceroniano del interés común y de la conformidad con una ley común. KANT hace hincapié en que es precisamente la constitución la que da forma a la república, una constitución en armonía con los derechos naturales, es decir, que los que obedecen las leyes deben también, en comunión, legislar.³⁵

³⁵ En la obra *Direito e Estado no pensamento* de Emanuel Kant, BOBBIO asegura que todo el pensamiento jurídico de KANT visa a teorizar la justicia como libertad. “Es tal vez la expresión más característica y consecuente de esta teoría; ciertamente la más respetable. Y se pensamos en el hecho de que la teoría como libertad es aquella de la cual nasce la inspiración para la teoría del Estado liberal, debemos concluir que la teoría del derecho de KANT debe ser considerada como uno de los fundamentos teóricos del Estado liberal...” – BOBBIO, Norberto, ob. cit., Brasília, Editora UNB, 1997, 4ª edición, pág.73-74, traducción de Alfredo Fait del título original *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant* (1969).

El pensamiento político moderno creó una tipología de las formas de gobierno distinta de la tipología clásica. Según ésta, estaba la monarquía, la aristocracia, la democracia y el gobierno mixto, mientras que en aquella se establecía (con Maquiavelo primero y con Montesquieu después) otra tríada: monarquía, república (aristocrática y democrática) y despotismo.

Con la Revolución Americana (1776) el significado de la palabra república cambió por completo. El término República pasa a significar una democracia liberal, representativa, basada en la separación de poderes y en un sistema de pesos y contrapesos entre los distintos órganos del Estado.

Las primeras grandes repúblicas modernas que se establecieron fueron las de los Estados Unidos de América (1776) y la República Francesa (1792). MATTEUCCI³⁶ señala algunas diferencias tipológicas en las repúblicas modernas, a

Contra poniéndose a la moral kantiana de visión extensa en que el ideal de autonomía tiene un papel regulador para todo en la vida, JOHN RAWLS afirma que esa concepción es incompatible con el liberalismo político de la justicia con equidad. Pero RAWLS acepta el constructivismo moral de KANT que puede endosar el constructivismo político. Reconoce aún que KANT es la fuente histórica de la idea de que la razón – tanto la teórica cuanto la práctica – genera y autentica a sí misma. RAWLS, John, in *O Liberalismo político*. São Paulo, Editora Ática, 2000, traducción de Dinah de Abreu Azevedo, revisión de Álvaro de Vita, 2ª edición, pág. 144-145.

Ya para KELSEN la idea de un sistema moral en que la libertad individual es considerada como el valor supremo–, además de ser asocial o antisocial es norma que excluye la validez de todas las normas sociales que limitan la libertad individual. KELSEN entiende que “la libertad del orden normativo” tiene de tornarse en “libertad bajo el orden normativo” pues solo así la libertad individual puede transformarse en “libertad social”. KELSEN, Hans, in *A Justiça e o Direito Natural*. Coimbra, Livraria Almedina, 2001, traducción de João Baptista Machado, pág. 81-82

³⁶ MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Editora Universidade de Brasília, 9ª edição, coordinación de la traducción, João Ferreira, págs. 1107-1109.

partir de la organización del poder en los estados americano y francés, aunque pone de relieve que tales diferencias son más cuantitativas que cualitativas y que no afectan a la unidad de un gobierno republicano típico.

El estado republicano, dentro del ideal expresado por CÍCERÓN y por KANT, en periodos distintos, constituye “un ordenamiento jurídico destinado a tutelar y garantizar los derechos de los ciudadanos”. Así, los sistemas autoritarios “que tienen la apariencia de Estados republicanos, son republicanos más de nombre que de hecho, ya que el término republicano estuvo siempre asociado al origen y legitimación populares del poder de quien sustituía al rey, ya que éste legitimaba su poder por tradición”.³⁷

Desde el final del absolutismo, tanto el liberalismo como el socialismo, así como las monarquías constitucionales, se basaban en los ideales republicanos surgidos durante la Ilustración y desarrollados en las repúblicas de los Estados Unidos de América y de Francia. La autodeterminación de los pueblos y la dignidad de la persona humana pueden considerarse la mayor expresión de los valores republicanos.

En una perspectiva más reciente encontramos en el centro de la teoría republicana de libertad política de PETTIT el concepto de “no- dominación” que exige que nadie interfiera arbitrariamente en las elecciones de la persona libre. Esa “no

³⁷ MATTEUCCI, ob. cit. págs. 1107-1109.

dominación” puede ser promovida en una sociedad a través de dos caminos: o por una vía en la que todos lleguen a tener poderes iguales, o por una vía de un régimen jurídico que impida el ansia de dominación de las personas.³⁸

Según el filósofo irlandés, el estado republicano debe cumplir una serie de condiciones: la primera es la del imperio de la ley; la segunda es la dispersión del poder; la tercera es la “contra mayoría” según la cual hay que obstaculizar en lugar de facilitar la voluntad de cambiar las leyes fundamentales por parte de la mayoría.³⁹ Así entiende PETTIT que la democracia ideal no se basa en el consentimiento de las personas, sino en el hecho de que cualquier acto de Estado pueda recibir una contestación popular. Lo ideal, por lo tanto, sería tener una democracia contestataria, otorgando al pueblo el derecho a retar y a resistirse ante las leyes que posean una naturaleza arbitraria. Haciendo, en esta manera, apología de su república, PETTIT añade que “el republicanismo es una doctrina consecuencialista que asigna al estado, y en particular, a las autoridades estatales, la tarea de promover la libertad como no-dominación”.⁴⁰

³⁸ PETTIT, Philip, *in Republicanismo. Una Teoría sobre la Libertad y el Gobierno*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1999, pág. 77 y ss., traducción de Toni Domènech, del título original *Republicanismo. A Theory of Freedom and Government*, publicado por Oxford University Press, 1997

³⁹ PETTIT, Philip, ob. cit., pág. 227-239.

⁴⁰ PETTIT, Philip, ob. cit., pág. 270.

Véase aún en el pensamiento político de PHILIP PETTIT sobre el mismo tema, en entrevista con J.M. MARTÍ FONT, en *El País*, Madrid, 25 de julio de 2004: “El republicanismo, en lo que respecta a las relaciones entre los ciudadanos, incluye que

todo el mundo debe estar protegido contra la pobreza; que todo el mundo debe tener acceso a cobijo y vestido, y disponer de las capacidades básicas para llevar una vida económica dentro de la sociedad." Y acrecienta: "El cómo deba hacerse, si por medio de un sistema de seguridad social o por el de unos ingresos mínimos asegurados, como algunos apuntan, es una cuestión de los detalles políticos. Pero sí que tiene que haber provisiones contra la pobreza para que los individuos no sean dominados por los que tienen más dinero."

En contra a las ideas de PETTIT y su nuevo republicanismo, véase MARÍA JOSÉ VILLAVERDE RICO, en el artículo "La ilusión republicana" sobre su libro con ese mismo título (Madrid, Tecnos, 2008), in www.elimparcial.es > [opinión](#) de 29-04-2008, verbis: "Pero no solamente el discurso republicano era elitista, también lo fueron las formas políticas republicanas. Las ciudades italianas, que los neo-republicanos PETTIT, VIROLI, POCOCK Y SKINNER mitifican *como faro y guía de nuestras democracias modernas*, eran unas aristocracias que solo concedían la ciudadanía a un porcentaje ínfimo de la población. De ahí mi crítica a estos pensadores que, en su empeño por revalorizar el republicanismo y presentarlo como alternativa a la democracia liberal, reinventan e idealizan la tradición republicana, rayando en la tergiversación histórica. Mientras los republicanos más coherentes como SUNSTEIN tiran por la borda el legado clásico e incorporan valores liberales, la corriente *neo-aristotélica* (que encarnó en su día HANNAH ARENDT e integran hoy comunitaristas como MACINTYRE y republicanos fuertes como TAYLOR o SANDEL e incluso SKINNER), sigue fiel al ideal del *zoon politikon*, a la concepción de la política *como forma de estar en el mundo*, y a la idea de que la comunidad dota al individuo de identidad y de brújula moral, y le permite trascender la mera existencia individual marcada por la *futilidad*. Pero a esta forma de entender la política, que se solapa con el nacionalismo y requiere la vuelta a comunidades cerradas y homogéneas como la *polis*, se le ha tachado de conservadora y reaccionaria, de alimentar los rasgos étnico-culturales particularistas y excluyentes, y de auspiciar el desinterés por lo que ocurre tras los muros de la comunidad. Y se le ha criticado su carácter intolerante, obsoleto e incompatible con la diversidad de valores de nuestras sociedades modernas. Pues su creencia en que la auténtica condición humana es la ciudadana y en que solo existe una única concepción del bien, convierte al disidente en culpable. Entre ambas tendencias, PETTIT y sus seguidores reivindican la herencia republicana pero liman tanto sus aristas obsoletas e inservibles que su *republicanismo de agua y gas*, vaciado en gran medida del molde clásico, asume en la práctica principios liberales como los derechos individuales, la división de poderes, etc. Y su fórmula mágica, la deliberación, olvida que a los individuos les guía menos la racionalidad que las pasiones o los afectos, y que pueden ser leales hasta la muerte a posiciones políticas por motivos muy poco racionales. Y esa esfera no racional es difícilmente domesticable."

1.1.4. La tensión entre Estado social y Estado liberal

Ahora bien, según lo expuesto hasta el momento, aunque no se admita como lo ha hecho bien DE VEGA GARCIA que refutó la idea simplista de que “el Estado Social no es más que una prolongación histórica del Estado Liberal, enriquecido con los nuevos derechos sociales”⁴¹, – hay que decir que no es posible que exista un Estado social sin libertad, es decir, sin la presencia de los elementos conformadores del Estado Liberal. En otras palabras, el liberalismo que sucumbió en el pasado al dar paso a las nuevas funciones del Estado, es el mismo que hoy garantiza los derechos individuales, civiles y políticos sin los cuales no se puede hablar de Estado Social y democrático de derecho. Aunque de manera limitada y parcial, las políticas sociales se fueron imponiendo en los sistemas políticos liberales y democráticos a principios del siglo XX y es importante señalar en este trabajo las diversas fases por las que pasaron los liberalismos a lo largo de la historia hasta llegar a la síntesis social-liberal, criticada tanto por la derecha como por la izquierda del pensamiento político contemporáneo. El liberalismo permanece, así, en la base del Estado Social para que este sea legítimamente considerado “estado democrático de derecho”, como lo hacen las constituciones española y alemana de manera ejemplar. En contra de este entendimiento aquí expuesto, y pese a reconocer que la

⁴¹ DE VEGA GARCÍA, Pedro, *in* “En torno al concepto político de constitución.” *In El constitucionalismo en la crisis del Estado social*. Bilbao, Servicio Editorial de La Universidad del País Vasco, 1997, pág.714.

libertad del *estatus naturae* de la que hablaban los contractualistas y sobre la cual se asienta el concepto de la dignidad humana es la esencia del Estado Social, DE VEGA GARCIA señala que “la verdadera tensión entre el Estado Liberal y el Estado Social va a estallar más en la órbita del principio democrático que en el ámbito del principio liberal.”⁴² Y al hacer referencia a KELSEN, para quien el reconocimiento de los derechos sociales no es lo que caracteriza básicamente el Estado Social sino el principio democrático, DE VEGA GARCIA afirma que la negación del principio democrático da origen a un fenómeno que califica de “extrañamiento constitucional”; es decir, las Constituciones dejan de ser obra del pueblo para pasar a ser creación de un poder constituyente apócrifo.⁴³ Por el contrario, cuando el principio democrático es llevado hasta sus últimas consecuencias, la mecánica del proceso constitucional, tal y como se planteó en el Estado Liberal Burgués – Declaración de Derechos, Pacto Social y Acto Constitucional – ya no podrá ser la misma. Según él, cambia no solo el orden de los acontecimientos sino también el contenido y el alcance de cada uno de los supuestos de ese proceso. Si en el Estado Liberal las Declaraciones de Derechos son las que dan sentido y fundamentan al Acto Constitucional y, por consiguiente, toda la organización estatal – en el Estado Social, a la inversa, es el Acto Constitucional el que permite otorgar proyección real y efectiva a los Derechos

⁴² Ob. cit., pág. 714.

⁴³ Ob. cit., pág. 715.

Fundamentales. Con esta inversión a la partida estará el propio Acto Constitucional y no la Declaración de Derechos. Así, los derechos empiezan a tener valor en la medida en que la Constitución los reconoce, al tiempo que establece un doble principio de jerarquía y especialidad para su realización efectiva. A esto añade que “los derechos valen hasta donde el ordenamiento jurídico lo permite y nada más”.⁴⁴

Justificando en sus orígenes dos lógicas diferentes para el sistema de derechos del Estado Social, este adoctrinador ha colocado, por un lado, la lógica de los derechos de libertad, y por otro, la lógica de los derechos sociales, a las que se intentará otorgar una fundamentación diferente. En la fundamentación de la primera están los viejos planteamientos del constitucionalismo clásico, considerando los derechos de libertad como un *a priori* histórico y conceptual, válidos por sí mismos. Pero en la justificación de la segunda “se aceptará que los derechos sociales son el simple resultado de una creación estatal.” Hay, además, en su visión, una especie de conspiración estatal para que se reconozcan y se hagan efectivos los derechos de libertad a fin de que los derechos sociales no puedan existir.

Por otra parte, el aspecto más ostensivo de la contradicción entre los derechos de libertad y los derechos sociales – responsable, en su opinión, de la crisis del constitucionalismo social – ocurre cuando se reduce la

⁴⁴ Conf. DE VEGA GARCÍA, Pedro, ob. cit., pág. 718.

aceptación o no del principio democrático. Si el principio democrático se asume plenamente, el ordenamiento constitucional es un ordenamiento autónomo que tiene en la voluntad del pueblo su único y último referente. Cuando ese principio no se asume en su totalidad “la heteronomía y el extrañamiento” se hacen inevitables.⁴⁵

Según una distinción ya clásica desde el punto de vista institucional, el “valor supremo” de la Constitución liberal está representado por la separación del Estado y la sociedad civil. Todavía es otro el “valor supremo” de las Constituciones del Estado Social, simbolizado éste en el “principio democrático”. Mientras que en el primer planteamiento la vida comunitaria se articula en las distintas esferas de la política y de la economía, con una amplia autonomía, en el segundo no existen esferas de la vida social sustraídas a las determinaciones de la soberanía popular, zonas intangibles gobernadas por cualquier autoridad extrasocial.⁴⁶ A pesar de esas posiciones doctrinarias, BÖCKENFÖRDE entiende que los principios del Estado de Derecho, de la forma republicana y del Estado Social, se distinguen del principio democrático en virtud de características peculiares. En efecto, la relación entre aquellos principios y el principio democrático solo se orienta en parte hacia una misma dirección. Esto se debe a que también

⁴⁵ Ob. cit., pág. 719.

⁴⁶ CANTARO, Antonio. “El declive de la Constitución económica del Estado social” in *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*. Bilbao, Servicio Editorial de La Universidad del País Vasco, 1997, pág.167.

hay entre ellos una relación de tensión que es enfrentada por la Ley Fundamental, por ejemplo, desde un criterio de equilibrio y desde una efectiva delimitación.⁴⁷ Con el enunciado primordial de que “todo poder del Estado procede del pueblo” (art.20.2.1), la Ley Fundamental toma expresamente el principio de la soberanía popular como punto de partida para determinar la forma de Estado. Este principio se proclama como la idea directriz vinculante a la hora de constituir el poder del Estado en la República Federal de Alemania.⁴⁸

Pero, ¿tiene el principio democrático una caracterización o, mejor dicho, una justificación? Según CANOTILHO⁴⁹, aún hoy se considera la formulación de LINCOLN –“gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”– como una síntesis lapidaria de los momentos fundamentales del principio democrático. Es, así, un modo de justificación positiva de la democracia. Las Constituciones al consagrar el principio democrático no se deciden por una teoría en abstracto, sino que buscan una ordenación normativa para un país y para una realidad histórica. El principio democrático tiene, por lo tanto, una medida y una forma prestadas por las

⁴⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Editorial Trotta, 2000, pág. 47-48, traducción de Rafael de Agapito Serrano; véase también en BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, in *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden, 1993, Nomos Verlagsgesellschaft, traducción de Juan Luis Requejo Pagés y Ignacio Villaverde Menéndez, et. al.

⁴⁸ BÖCKENFÖRDE, ob. cit., pág. 48.

⁴⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Livraria Almedina, 2002, 6ª ed., pág. 287-288.

Constituciones. Estamos hablando de un principio jurídico-constitucional con dimensiones materiales y dimensiones organizativo- procedimentales. El “principio democrático” es más que un método o técnica pues, como principio normativo así considerado en sus varios aspectos políticos, económicos, sociales y culturales, aspira a convertirse en “impulso dirigente” de una sociedad. Es un principio que recibe los más importantes postulados de la teoría democrática representativa – órganos representativos, elecciones periódicas, pluralismo partidario y separación de poderes-, así como de la democracia participativa – estructuración de procesos que ofrezcan a los ciudadanos efectivas posibilidades de aprender la democracia, participar de los procesos de decisiones, ejercer control crítico en la divergencia de opiniones, producir *inputs* políticos democráticos. Al ser un principio informador del Estado y de la sociedad, el principio democrático se enfoca, desde una perspectiva constitucional, hacia un proceso de democratización que abarca diferentes aspectos de la vida económica, social y cultural.⁵⁰

Al exponer sus ideas sobre los principios del Estado de Derecho en el Estado social, ZIPPELIUS⁵¹ entiende que el principio de una vinculación del poder del Estado al derecho se reviste de una cierta autonomía de cara a la concepción anti-totalitaria y liberal del Estado; por otro lado, dice que los

⁵⁰ CANOTILHO, ob. cit., pág. 288-289

⁵¹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Traducción de Karin Praefke-Aires Coutinho del original *Allgemeine Staatslehre* – 12ªed., 1994. Coordinación de J.J. Gomes Canotilho. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 3ª ed., pág. 393-394.

principios de la división de poderes, de la garantía de los derechos fundamentales, de la legalidad de la administración, de la previsibilidad y calculabilidad de las medidas del Estado, de su control judicial, que son principios del Estado de Derecho, pueden mantenerse a pesar de una moderada expansión de las tareas públicas de naturaleza social cuyos componentes principales son el Estado-providencia y la justicia social. Sin embargo advierte de que un exceso de regulación del Estado social pone en peligro uno de los principales propósitos del Estado de Derecho liberal: garantizar la optimización de la libertad individual. Así, los derechos fundamentales se convierten en el Estado social también en fundamentos de derechos a la prestación, o por lo menos en fundamentos de tareas del Estado. El profesor de Erlangen-Nürnberg asegura que:

“Las garantías de libertad se entienden así no solo como permiso del *laissez faire*, sino también como garantías de las condiciones del desarrollo de la libertad. El principio de la igualdad de tratamiento se convierte en vehículo para alcanzar una igualdad jurídica meramente formal, un balance social y principalmente económico. Por esa vía, el Estado se considera cada vez más un gestor del bienestar general y de la justicia social, llevando a cabo una redistribución de libertades y bienes.”

En ese contexto, ZIPPELIUS sostiene que a la intensificación de la providencia del Estado social le corresponde una restricción de las libertades.⁵²

Sobre esta cuestión y según el constitucionalista portugués MIRANDA⁵³, el Estado liberal tiene en el punto de mira una sociedad libre de la gestión o dirección del poder. El Estado social a la vez interviene en ella para transformarla o conformarla. Y aduce: tanto en un caso como en otro, la sociedad se carga de “intenciones políticas” o, en otras palabras, de “funciones políticas”. Tanto en un caso como en otro, “la sociedad corresponde al Estado-comunidad, pero no tiene que asimilarse a él, no tiene que coincidir con él ni ser por él absorbida.”

Es verdad que la doctrina no ha llegado todavía a un acuerdo sobre la posible relación entre los postulados clásicos del Estado de Derecho y las exigencias de igualdad material típicas del Estado social.⁵⁴ Existen, por lo tanto, dos planteamientos básicos respecto a esa cuestión. Según el primero, se considera incompatible la fórmula del Estado de Derecho con la del Estado social, privando así de todo carácter

⁵² ZIPPELIUS, ob. cit., pág. 396.

⁵³ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra Editora, 2002, pág. 254.

⁵⁴ Ver, entre otros, FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, in *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Madrid, Editorial Nueva, 2001, prólogo de PEDRO DE VEGA; JIMÉNEZ CAMPO, Javier, in *Derechos Fundamentales – Concepto y garantías*. Madrid, Editorial Trotta, 1999; BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, in *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Dykinson, 2000; OSUNA PATIÑO, in *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995; et. al.

jurídico a los derechos sociales enunciados en la Constitución hasta que no sean reconocidos y desarrollados por una ley, que es la que les confiere eficacia y los hace, en su caso, jurisdiccionalmente exigibles.⁵⁵ Como postura contrapuesta, se consideran compatibles los presupuestos del Estado Liberal y los contenidos típicos de una Constitución formalista, con las demandas de igualdad y bienestar material esenciales del constitucionalismo social. Entendemos, junto con esa corriente, que las normas sociales que consagra la Constitución tienen el mismo valor normativo que las disposiciones organizativas o los derechos fundamentales, aunque su eficacia jurídica resulte modulada por la misma Constitución o en aquellos casos en que la naturaleza de la propia norma impida considerarla directamente aplicable.⁵⁶ En cualquier caso, el liberalismo, como bien apuntó BOBBIO⁵⁷,

"ha sido, en todas partes, el presupuesto del desarrollo de los países democráticos, de tal forma que hasta hoy todavía no hemos visto surgir Estados democráticos más que en los países donde se han ido afianzando en mayor o menor escala los principales derechos de la libertad en la lucha victoriosa contra las monarquías absolutas".

⁵⁵ Conf. GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *in El Estado social, naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid, Civitas Ediciones, 2002, pág. 50-51;

⁵⁶ En ese mismo sentido, BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *ob. cit.*, pág. 51; en sentido contrario, FORSTHOFF, para quien no se consigue el Estado social de Derecho con medio

⁵⁷ BOBBIO, Norberto: *As Ideologías e o Poder em Crise*. Trad. João Ferreira, UNB, Brasília, 4ª ed., 1995, pág. 149.

Y para los que siempre habían creído que la consolidación y el fortalecimiento de la democracia pasa por la transformación de la sociedad en sentido socialista, BOBBIO llama la atención sobre el siguiente dato histórico: “se conoce la relación entre liberalismo y democracia a lo largo de la historia, mientras que hasta hoy no existen pruebas históricas de la relación entre democracia y socialismo. La democracia liberal es una realidad. El socialismo democrático, de momento, es un desafío”. O, como diría CAMPOS, una especie de “capitalismo avergonzado”.⁵⁸

Pero BOBBIO, en su autobiografía,⁵⁹ revela que en Italia el “idealizador, promotor y sobre todo el teórico del liberal-socialismo fue CALOGERO,” profesor de filosofía que ha publicado en 1944 el libro “*La crítica dell’economia e il marxismo*”. No en tanto ha sido en un manuscrito de programa político, del año de 1941, que CALOGERO señaló: “Liberalismo y socialismo, considerados en su más pura esencia, no son

⁵⁸CAMPOS, Roberto. “Menos Estado e mais Mercado” in *Na Virada do Milênio*. Rio de Janeiro, Topbooks Editora, 1999, pág. 133

⁵⁹ BOBBIO, Norberto, in *Diário de um século: Autobiografia*. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1998, pág. 40-43, traducción de Daniela Beccaccia Versiani del título original Autobiografía, 1997. En respecto al pensamiento político de CALOGERO, citado por BOBBIO, véase su más completa colección de textos políticos: *Difesa del liberalsocialismo ed altri scritti politici*, nueva edición organizada por M. Schiavone y D. Cofrancesco, Milán, Marzorati, 1972; Para leer BOBBIO en el original sobre este tema:

Introduzione. Tradizione ed eredità del liberalsocialismo, in varios autores, y *I delemmi del liberalsocialismo*, organizado por M. BOVERO, V. MURA, F. SBARBIERE. Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1994, p.59. En relación a la obra de CARLO ROSSELLI, hay una edición en Brasil, *Socialismo Liberal*, Rio de Janeiro, Editora Zahar, 1997, traducción de Sérgio Bath, del título original *Socialismo Liberale*, con introducción de NORBERTO BOBBIO. Para ROSSELLI no hay razón, salvo de orden histórico, para contra por liberalismo y socialismo.

ideales contrastantes ni conceptos dispar, pero especificaciones paralelas de un único principio ético, que es el canon universal de toda historia y de toda civilización”.

Todavía, por sus palabras, recogemos la siguiente síntesis: “A la derecha está el desvío del liberalismo agnóstico o conservador: la vía de la libertad sin justicia. A la izquierda está el desvío del colectivismo autoritario: la vía de la justicia sin libertad”. BOBBIO apunta en sus memorias que en aquella altura de los acontecimientos “el liberal-socialismo retomaba el tema del socialismo liberal de CARLO ROSSELLI, aunque sin le tener recibido una influencia directa”. Así, apuntando su consenso con CALOGERO, escribió BOBBIO:

“Siempre interpreté el liberal-socialismo no como una fórmula filosófica, pero como un programa de un compromiso político que debería encontrar su actuación – como bien ha observado CALAMANDREI – en el reconocimiento de los derechos sociales, exigidos por la tradición del movimiento socialista, como pre-condición para el ejercicio pleno de los derechos de libertad exigidos por la tradición liberal.”

Procurando desvelar las dos corrientes doctrinarias, BOBBIO entiende que “tanto el socialismo liberal cuanto el liberal-socialismo fueran construcciones doctrinarias y artificiales hechas en el papel, más verbales que reales”. Para él, se trataba de una coincidencia cuyo significado histórico era representar, de un lado, una reacción a un liberalismo asocial

y, de otro, a un socialismo no-liberal. Decía, aún, con aguda precisión, que afirmar teóricamente que liberalismo y socialismo no son incompatibles nada acrecienta sobre las formas y los modos de su posible síntesis. Y se pregunta, entonces: “¿Más liberalismo o más socialismo? ¿Liberalismo en qué medida? ¿Socialismo en qué medida? – para luego en seguida responder: “Basta que hagamos tales preguntas para percibir las dificultades de transformar una doctrina filosófica en una praxis política”. Su ponderación, en ese sentido, se pone de esta manera:

“Tengo la impresión de que caminaríamos con los pies un poco más en el suelo si, en vez de dos “ismos”, hablásemos de libertad y de igualdad (...) Si queremos afirmar que los dos problemas remiten el primero a la doctrina liberal y el segundo a la doctrina socialista, podemos hacerlo. Pero yo me reconozco mejor, hasta mismo emotivamente, en la divisa: “Justicia y Libertad”.⁶⁰

⁶⁰Conf. ob. cit., BOBBIO, Norberto, *in Diário de um século: Autobiografia*. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1998, pág. 40-43; Ver también en BOBBIO, sobre el liberal-socialismo, *in Teoría Geral da Política*, organizado por Michelangelo Bovero, Rio de Janeiro, Editora Campus, 2000, pág. 354-356, traducción de Daniela Beccaccia Versiani: “...liberalismo y socialismo, quiere indiquen una ideología, quiere indiquen un movimiento, son históricamente considerados dos términos antitéticos: un “oxímoron”. (...) es imposible afirmar que FERRARI y DAHRENDORF estén errados cuando dicen que la conjunción de liberalismo y socialismo en la misma expresión, cualquiera que sea la porción de uno y de otro en la combinación, da la impresión de ambigüedad. Y es hecho que toda la historia del pensamiento político del siglo XIX, y en parte también el siglo XX, podría ser recontada como la historia de la oposición entre liberalismo y socialismo, al menos en tres niveles, empezando por el más alto, que es el nivel ideológico, pasando por el intermedio, lo de las instituciones, y terminando en lo de más bajo, lo de los movimientos.” BOBBIO, no en tanto, admite la posibilidad de una síntesis entre las dos

Para una mejor comprensión de esa temática, vamos a hacer un breve repaso histórico de la evolución del liberalismo y sus conquistas y a intentar demostrar la posibilidad de mezclar los principios fundamentales del Estado liberal con las atribuciones modernas del Estado social y democrático de derecho, principios esos que en nuestra manera de ver son exequibles en la praxis política.

1.1.5. ¿Qué liberalismo?

Es habitual hablar de liberalismos para identificar las diferentes formas de actuación política y económica desarrolladas a partir de una base primordial.⁶¹ De hecho, el liberalismo está compuesto por un conjunto de elementos filosóficos de gran tradición cultural y de elaborado recorrido histórico que presenta variantes según sea el medio y el tiempo en que se ha desarrollado. De ahí que se diga, con razón, que el liberalismo ha influido de manera decisiva en la historia contemporánea, llegando a afirmar algunos autores que sus elementos filosóficos constituyen la principal doctrina política de la civilización occidental.

corrientes políticas, filosóficas y económicas, en la medida que el socialismo se aparta del marxismo: "Todavía, podemos considerar que esa serie de antítesis de la cual podríamos presentar una infinidad de ejemplos concretos, citando textos de autores pertenecientes a las dos vertientes filosófica, económica y políticamente opuestas, está destinada a atenuarse hasta desaparecer completamente, transformando el oxímoron en una síntesis, a la medida que se distancia de los movimientos socialistas influenciados pelo marxismo. Se fuéramos a la Inglaterra, de hecho, la perspectiva cambia."

⁶¹En su Aula Inaugural de 1997 en Cambridge University, SKINNER procura recuperar y justificar la teoría neo-romana de los ciudadanos libres y de los Estados libres como ella se ha desarrollado en el inicio de la Inglaterra moderna. SKINNER, Quentin, *in Liberdade antes do Liberalismo*. São Paulo, Editora UNESP, 1999, traducción de Raúl Fiker, del título original *Liberty before Liberalism*, editada por Cambridge University Press, 1998.

A pesar de que los diferentes liberalismos toman su propio camino e incluso a veces siguen rutas opuestas, especialmente en el nivel económico, hay algunas características que forman parte de la base del pensamiento liberal, que es única, de un solo liberalismo y que pueden resumirse de la siguiente manera: 1) la ausencia en la naturaleza de un guía moral positivo; 2) la prioridad de la libertad sobre la autoridad; 3) la secularización de la política; y 4) la promoción de constituciones y principios de derecho que establezcan los límites del gobierno y determinen los derechos de los ciudadanos frente al mismo.⁶²

Esto significa que: (a) la idea de libertad, por ejemplo, no se consolidó en el pensamiento humano por razones religiosas o éticas; no es antecedente, es consecuente; corresponde tan solo a la racionalidad; el hombre es libre porque de ese modo es más eficiente y produce mejor;⁶³ (b) no se puede usar la libertad como excusa para realizar un acto inmoral o, a nivel social, para someter a otro individuo; la libertad es un bien que busca la dignidad del hombre;⁶⁴ la autoridad legítima se ejerce mediante la ley votada democráticamente, respetando los límites éticos; (c) la transformación o el paso de cosas, hechos, personas, creencias e instituciones que estaban bajo dominio religioso a un régimen laico; la acción y el efecto de subordinar

⁶² Conf. el influyente texto de ANTÓN MELLÓN, Joan, "El Liberalismo", in *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Editorial Tecnos, 2004, págs. 87-90.

⁶³ Conf. VALLE, Álvaro, in *Liberalismo Social*, Rio, Nórdica, 1996, pág.104.

⁶⁴ VALLE, Álvaro: *Liberalismo Social*. Rio, Nórdica, 1996, pág. 104.

al derecho civil lo que pertenecía al derecho canónico;⁶⁵ por lo tanto, significa apartar la política del dominio clerical o teocrático; (d) la delimitación de los poderes políticos y la garantía de los derechos individuales representan una conquista de los Estados liberales, conquista que toma cuerpo en el orden constitucional de los tiempos modernos. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo XVI, establece que “una sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”.

A esas características comunes hay que añadir la convicción de que el progreso técnico y moral de la humanidad se produce como consecuencia de un permanente debate de ideas e intereses, lo que por supuesto excluye los sistemas dogmáticos absolutistas. Se puede afirmar, por consiguiente, que el liberalismo dio sus primeros pasos luchando por la individualidad y por la libertad de los individuos. Como resultado, surge otro concepto básico: el de que sólo la libertad es condición natural del hombre y, por lo tanto, la única fuente posible de legitimidad de la autoridad política es el convencimiento, por parte de los ciudadanos, de la utilidad que tiene esa autoridad para la sociedad. Los liberales lucharon contra los privilegios feudales, por la igualdad jurídica de todos

⁶⁵ Conf. *Diccionario Antonio Houaiss*, in sección sobre la secularización. V. también: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, in *Dicionário de Política*. Editora Universidade de Brasília, 1997, 9ª edición, vol.2, traducción de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Cascais e Renzo Dini, pág. 670-673.

los hombres y por la libertad para competir por la posesión de los medios materiales como forma de conquista del éxito económico y social. Como desdoblamiento doctrinal, político e ideológico, la idea liberal se desarrollaría en torno a tres grandes ejes⁶⁶: a) el naturalismo hedonista – establece que la felicidad consiste en poseer, acumular y disfrutar de los bienes materiales y, por lo tanto, el hombre está dotado de un instinto de apropiación natural; b) el racionalismo – la razón como forma de eliminar el oscurantismo y conseguir una actuación útil y eficaz con respecto a los fines propuestos; y c) el individualismo libertario o libertarismo – el individuo como principio y fin del mensaje liberal.

Hasta entonces, el ideal liberal pretendía, principalmente, controlar a los soberanos y limitar el poder del Estado. Con la Revolución Francesa surge la idea de la voluntad general, sin las características anti-individualistas de ROUSSEAU. Se controla al soberano, pero eso no es suficiente. El individuo se percibe con una nueva dimensión participativa y social.⁶⁷ RUGGIERO⁶⁸ distingue con firmeza que en la relación entre Estado e individuo existen dos patrones liberales que influyeron en gran manera en la evolución política occidental:

⁶⁶ Conf. la excelente síntesis de ANTÓN MELLÓN, Joan, ob. cit., págs. 89-90.

⁶⁷ Conf. VALLE, Álvaro, ob. cit., pág. 20. "Los liberales del siglo XIX veían en la teoría de la *voluntad general* una amenaza para la libertad individual: ROUSSEAU proponía que la libertad de las personas solo se efectuaría por medio de la acción del estado." TAMER, Sergio, *in Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do Executivo no Brasil*. Porto Alegre, Ed. Fabris, 2002, pág. 59.

⁶⁸ MERQUIOR, José Guilherme (1941-1991): *O Liberalismo - Antigo e Moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, 2ª ed., traducción de Henrique de Araújo Mesquita, pág. 32.

el modelo inglés y el francés; mientras que el primero propiciaba la limitación del poder estatal, el segundo pretendía fortalecer la autoridad estatal para garantizar la igualdad ante la ley. SARTORI⁶⁹ advierte, siguiendo esta misma línea de raciocinio, que “tratar conjuntamente, indiferenciadamente, un sistema político (el liberalismo) y un sistema económico (el librecambismo) atenta tanto contra la evidencia histórica como contra toda claridad analítica”. Es necesario, de ese modo, distinguir el liberalismo del *laissez-faire* del de la economía de mercado. En otros términos, afirma:

“Para los verdaderos padres fundadores desde LOCKE a los autores de los *Federalist Papers*, y desde MONTESQUIEU a BENJAMIN CONSTANT el liberalismo significa *rule of law* (imperio de la ley) y Estado constitucional, y la libertad era la libertad “política” (la libertad *de* la opresión política) no el libre comercio, el libre mercado y (en los desarrollos spencerianos) la ley de la supervivencia del más capacitado. Hay que añadir que puesto que el liberalismo político nació mucho antes que el liberalismo económico, pudo funcionar sin *laissez-faire*, también es plausible que pueda funcionar en el futuro sin *laissez-faire*.”

Para SARTORI el liberalismo – que posee una precisa identidad histórica – existe en singular, lo cual “precede y

⁶⁹ SARTORI, Giovanni. *Elementos de Teoría Política*. Madrid, Alianza Editorial, 1999, pág. 139, versión de M.^a Luz Morán.

sostiene a los liberalismos en plural.”⁷⁰ Este liberalismo singular de que habla SARTORI tuvo su momento de transformación y de nuevas concepciones, preservando, todavía, sus características comunes.⁷¹

GONZALO y REQUEJO⁷², por ejemplo, apuntan que entre 1880 y 1920, se moldearon dos modelos dentro del paradigma teórico de la democracia liberal:

“uno (1) tendente a conservar los elementos que caracterizaban la tradición clásica del liberalismo y otro (2) vigorosamente influido tanto por la revisión del liberalismo a partir de MILL y los presupuestos del republicanismo democrático, como por los nuevos desafíos de la sociedad industrial y la práctica reformista del socialismo. Mientras el primero concebía el Estado como un instrumento de protección de los mínimos necesarios para asegurar la libertad de los individuos fuera del estado y la democracia como un proceso decisional formal, el segundo asumía que el Estado debía fomentar determinados bienes colectivos que garantizaran la autonomía efectiva de los individuos en cuanto a las oportunidades sociales, en la medida en que se otorgaba a la libertad un valor material que no debía ser mediatizado por la

⁷⁰ SARTORI, ob. cit., pág. 139.

⁷¹ En ese sentido, y bajo el enfoque de la ética, de la media y de la empresa, ver LIPOVETSKY, Gilles, *in Metamorfoses da cultura liberal*. Porto Alegre, Editora Meridional, 2004, traducción de Juremir Machado da Silva del título original *Métamorphoses de la culture libérale*, Quebec, 2002.

⁷² GONZALO, Eduardo y REQUEJO, Ferran. “Las democracias”, *in Manual de Ciencia Política*, Madrid, Editorial Tecnos, 2ª edición, 2004, pág. 193-194.

desigualdad.” El cuadro siguiente, elaborado por GONZALO y REQUEJO, resume las características comunes y las diferencias entre ambos modelos circa 1880-1920:

Tabla 1: Características comunes y diferencias de los modelos liberal-democrático y democrático-republicano, circa 1880-1920”

CARACTERÍSTICAS COMUNES	
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Todos los individuos deben ser libres en su capacidad de deliberación, juicio y acción moral y en la orientación que quieran conferir a su vida privada. ➤ Todos los individuos disfrutaban de ciertos derechos básicos como precondition de su capacidad moral, tales como el derecho a la vida, es decir, a no ser privado de la misma, o el derecho a la libertad personal, es decir, a no ser forzado a ejecutar la voluntad de otras personas. ➤ Igualdad ante la ley y separación de poderes. ➤ Todos los ciudadanos disfrutaban de metaderechos civiles relacionados con el proceso decisional del Estado: libertad de expresión, reunión y asociación; derecho a voto y derecho a ser elegido para cargos públicos. ➤ Parlamento representativo, pluralismo político y elecciones libres. 	
DIFERENCIAS	
Modelo liberal-democrático	Modelo democrático-republicano
Ciudadanía pasiva; restricciones a la participación de los ciudadanos en el proceso político; parlamento con poderes reducidos.	Ciudadanía activa; pretensión de ampliación de la participación en el proceso político; parlamento con amplios poderes.
Insistencia en el derecho a la propiedad y en la división de la sociedad en clases; mantenimiento del <i>statu quo</i> .	Insistencia en el derecho a la satisfacción de las necesidades básicas y otros derechos sociales y culturales; pretensión de amortiguación de las diferencias de clase.
El mercado como mecanismo de autorregulación social.	Subordinación del mercado al respeto del principio de igualdad de oportunidades.
Estado mínimo y políticas gubernamentales orientadas estrictamente a la protección de los derechos básicos.	Estado interventor y políticas gubernamentales activas orientadas al desarrollo educacional y social de los individuos.

Más recientemente, la publicación en 1971 de *Una teoría de la justicia*, de JOHN RAWLS,⁷³ reaviva el debate normativo sobre la democracia. La estrategia intelectual de RAWLS, en el buen análisis de GONZALO y REQUEJO⁷⁴, se basa en una reconstrucción del contractualismo clásico y tiene por objetivo diseñar una concepción pública de la justicia aplicable a la estructura básica de la sociedad. Parte, entonces, de una visión de los individuos como seres libres e iguales, así como racionales, en el sentido de que son capaces de perseguir sus propios intereses, y razonables, en el sentido de son aptos en buscar aquellos fines morales que dan lugar a la cooperación social.

Ya en la filosofía política de DWORKIN⁷⁵, si los individuos deben ser considerados como iguales, esa igualdad no significa mera igualdad formal ante la ley, sino igualdad de los individuos en la persecución de sus fines en el marco de aquellos ideales que consideren más oportunos para desarrollar sus planes de vida de una manera satisfactoria. En ese sentido DWORKIN rehabilita el liberalismo radical igualitario como una filosofía política determinada y coherente, distinta en la estrategia del liberalismo tradicional pero con un

⁷³ RAWLS, John, in *Uma teoria da justiça*. São Paulo, Editora Martins Fontes, 1997, traducción de Almiro Pisetta y Lenita M.R. Esteves del título original *A theory of justice*, Harvard University Press, 1971.

⁷⁴ GONZALO, Eduardo y REQUEJO, Ferran. "Las democracias", in *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Editorial Tecnos, 2ª edición, 2004, pág. 222-226.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald, in *Los derechos en serio*. Barcelona, Editora Ariel, 2002, 5ª reimpresión, traducción de Marta Guastavino del título original *Taking Rights Seriously*, 1984.

núcleo moral y político justificador del nuevo liberalismo progresista.⁷⁶ Su teoría en respecto a la “igualdad liberal” defiende que el liberalismo político debe desarrollarse en un continuo con la ética, de manera que la perspectiva personal se integre en la perspectiva política. Así pues la objeción fundamental de DWORKIN a RAWLS está dada por el contractualismo de este último.⁷⁷

1.1.5.1. El liberalismo político

El Estado liberal se organizó, de esta manera, como un Estado mínimo o Estado policía. Su función se centraba casi exclusivamente en la vigilancia del orden social y en la defensa externa. Desde la perspectiva de su concepción filosófica, ese Estado se apoyaba en los principios de libertad personal, del individualismo, de la tolerancia, de la dignidad y de la creencia en la vida. Se partía de la idea de que la naturaleza moral y racional del ser humano posee valores y derechos fundamentales que deben ser observados. Al mismo tiempo, la concepción económica del Estado se volcaría sobre los

⁷⁶ DWORKING, ob. cit., pág. 26.

⁷⁷ DWORKING pretende ofrecer una alternativa al método tradicional de la interpretación jurídica. Parte de la premisa de que el positivismo y la interpretación tradicional no son suficientes y por tanto propone una visión del derecho basada en la distinción entre reglas y principios: el derecho es más que la totalidad de las reglas prescritas siendo necesaria una convocación de los principios para la determinación e integración de las normas y su aplicación en el caso concreto. En ese sentido ver MARTINHO RODRIGUES, Sandra, *in A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin*. Coimbra, Edições Almedina, 2005.

derechos económicos, la propiedad privada, el sistema de libre empresa y la economía de mercado libre del control estatal. Finalmente, la concepción política del liberalismo de entonces se daba mediante la garantía de los derechos políticos (derecho al voto, derecho a participar y a decidir el tipo de gobierno a elegir y qué clase de política seguir), el consentimiento individual, la representación y el gobierno representativo, el constitucionalismo político (el Estado de Derecho, el imperio de la ley, la supremacía constitucional, los derechos y garantías individuales), la teoría de la separación de los poderes y la soberanía popular.⁷⁸

El consentimiento como voluntad políticamente expresa y primera fuente de la legitimidad debe producirse de manera periódica y condicional, convirtiéndose así en la base de control del gobierno.⁷⁹ Surge el derecho a la resistencia e incluso a la revolución; sin embargo el pensamiento político de LOCKE se dirige, de manera acentuada, al constitucionalismo; habrá que esperar a MONTESQUIEU, uno de los iniciadores de la Ilustración⁸⁰, para que se dé una explicación plena de la

⁷⁸ BOUZA-BREY, Luis, "El Poder y los Sistemas Políticos" in *Manual de Ciencia Política*. Madrid, Ed. Tecnos, 2ª edición y 4ª reimpresión, 2004; ANTÓN MELLON, Joan, "Las Ideologías Políticas – El Liberalismo", in *Manual de Ciencia Política*. Madrid, Ed. Tecnos, 2ª edición y 4ª reimpresión, 2004; RAWLS, John, in *O Liberalismo Político*. São Paulo, Ed. Ática, 2000, traducción de Dinah de Abreu Azevedo y revisión de Álvaro de Vita; TOCQUEVILLE, Alexis de, in *A Democracia na América*. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1973, 1ª edición, pág. 194-319;

⁷⁹ LOCKE, John (1632-1704), *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Petrópolis, RJ, 1994, Editora Vozes: traducción de Magda Lopes y Marisa L. da Costa.

⁸⁰ Un intento de sustituir la religión, el orden y el clasicismo por la razón, a través del progreso y la ciencia. La Ilustración reunió ideas tan complejas como abarcadoras,

nueva organización estatal: la distribución de la autoridad y la regulación de su ejercicio con el fin de aumentar o preservar la libertad. La división de poderes entra así definitivamente en la historia del pensamiento político. De este modo, se asoció de inmediato la separación de poderes con la idea del Estado democrático en casi todo el mundo. Surge en Francia, en 1789, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (artículo XVI), la exigencia de la separación de poderes como condición para que exista el Estado democrático: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”. Anteriormente, en 1776, la Declaración de los Derechos de Virginia (EE.UU.) establecía en su párrafo 5º que “los poderes ejecutivo y legislativo del Estado deberán separarse y ser distintos del judicial”. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos, de 4 de julio de 1776, hacía referencia expresamente ya en los tres primeros artículos de la Constitución al poder legislativo, al ejecutivo y al judicial, impidiendo interferencias recíprocas y la transferencia de poderes, aunque solo fuese parcial o temporalmente.

Este principio de poderes armónicos e independientes fue lo que finalmente dio origen al conocido “sistema de frenos y contrapesos”, por el que los actos generales realizados exclusivamente por el poder legislativo, consistentes en la emisión de reglas generales y abstractas, limitan el poder

pasando por los derechos humanos y el gobierno constitucional, hasta la libertad económica.

ejecutivo, el cual solo puede actuar mediante actos especiales, derivados de la norma general. Para restringir la exorbitancia de cualquiera de los poderes de sus límites y competencias, interviene la acción fiscalizadora del poder judicial.

El Estado según JOHN LOCKE (1632-1704)⁸¹ – El Estado, filósofa Locke, existe para hacer que los individuos puedan conservar los derechos naturales propios, los cuales existen antes que el Estado. Éste surge, además, a partir de un consenso, lo que conlleva reconocer el poder limitado del Estado: su ejercicio se da bajo la condición de que no sobrepase los límites establecidos, en cuyo caso el pueblo tendría legítimo derecho a la resistencia, es decir, a recurrir a la fuerza para deponer al gobierno. Las formulaciones teóricas reflejadas con intensidad en las obras de LOCKE, MONTESQUIEU y ROUSSEAU, y que mostraron la aparición del liberalismo político, moldearon un Estado constitucional con poderes definidos, con un nivel razonable de control por parte de los gobernados y acentuada libertad civil.

⁸¹ Para una exposición más amplia sobre el tema ver entre otros BOBBIO, Norberto, *in Locke e o direito natural*. Editora Universidade de Brasília, 1997, traducción de Sergio Bath; MERQUIOR, José Guilherme, *in O Liberalismo Antigo e Moderno*. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 2ª edição, 1991, traducción de Henrique de Araújo Mesquita; LOCKE, John, *in Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Rio de Janeiro, Editora Vozes, traducción de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa; W. YOLTON, John, *in Dicionário LOCKE*. Rio de Janeiro, Editora Zahar, 1996, traducción de Álvaro Cabral e consultoría de Renato Lessa; RAWLS, John, *in O Liberalismo Político*. São Paulo, Ed. Ática, 2000, traducción de Dinah de Abreu Azevedo y revisión de Álvaro de Vita; TAMER, Sergio Victor, *in Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do Executivo no Brasil*. Porto Alegre, Fabris Editor, 2002, págs. 13-3;

El Estado según MONTESQUIEU (1689-1755)⁸² – En contra del absolutismo del Estado, debilitando su poder y reduciendo su actuación, MONTESQUIEU preconizaba la separación tripartita de los poderes. De este modo se aseguraba la libertad individual. La llamada “libertad negativa” presente en su obra magna, definida como el derecho a hacer todo lo que permiten las leyes, o el no estar obligado a realizar una acción que la ley no ordene, se distingue de la “libertad con autonomía” defendida por ROUSSEAU. Es esa libertad la que distingue a los gobiernos moderados de las tiranías, según la concepción montesquiana. Se trata de un bien voluntariamente irrenunciable cuya existencia ha de ser garantizada. Pero eso solo puede darse en los regímenes en los que el poder soberano no depende de una sola mano, sino que está distribuido y controlado de manera recíproca por diferentes órganos. Por lo tanto, contra el abuso del poder MONTESQUIEU concibió la fórmula del poder que reprime el poder. ¿Con qué objeto? Sin duda garantizar la libertad: “Una constitución puede existir de manera que nadie esté obligado a hacer cosas que la ley no ordena, y a no hacer las que la ley le permite”.

⁸² MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède, *in Do Espírito das Leis*. São Paulo, Ed. Nova Cultural, 1997; MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo Antigo e Moderno*. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 2ª edición, 1991, traducción de Henrique de Araújo Mesquita; TAMER, Sergio, conf. ob. cit. págs. 38-46.

El Estado según ROUSSEAU (1712-1778)⁸³ – En cuanto a Rousseau, que muchos veían como un iniciador del individualismo en la cultura, siendo considerado al mismo tiempo como un precursor del totalitarismo, presenta en su obra una noción muy distinta, delineada por MERQUIOR del siguiente modo⁸⁴:

“ROUSSEAU nunca pensó que la democracia (o república, palabra que él prefería) limitara la libertad. El verdadero objetivo de su exaltación de la libertad democrática en detrimento de la libertad liberal no consistía en un prejuicio hacia el individualismo, sino en la destrucción del particularismo. El particularismo reflejaba el encanto de una vieja fuerza en la política francesa: patrimonialismo”.

ROUSSEAU, a través del *Contrato Social*, esbozó un esquema en el que, entrelazando la libertad y la ley, fuera posible definir la legitimidad del poder político. Pensó que de ese modo conciliaba el Estado con la libertad mediante la participación de todos conforme a la ley. Puede ser considerado el teórico del Estado democrático, el cual se basa en el principio de autonomía. En lo que respecta al liberal – a ejemplo de LOCKE y MONTESQUIEU – se entiende la libertad

⁸³ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *in Do Contrato Social*. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1978, traducción de Lourdes Santos Machado; BOBBIO, Norberto, *in Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo, Ed. Brasiliense, 1991, 3ª edición; DENT, N.J.H. *in Dicionário Rousseau*. Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 1996, traducción de Álvaro Cabral; TAMER, Sergio, conf. ob. cit. págs. 47-67

⁸⁴ MERQUIOR, Jose Guilherme, ob. cit., pág. 29.

como no impedimento; el democrático, como Rousseau, concibe la libertad como autonomía.⁸⁵

¿Pero qué significa “no impedimento” y qué significa “autonomía”? Para los liberales, no impedimento es “la facultad de actuar sin ser obstaculizado por los demás, y cada uno, entonces, tiene una libertad tan amplia como sea el ámbito en el que puede moverse sin hallar obstáculos”; para los demócratas, autonomía significa que “cada uno tiene una libertad tan amplia como sea la voluntad de quien hace las leyes para identificarse con la voluntad de quien debe obedecer

⁸⁵ VILLAVARDE RICO, María José, *in* “El Enigma Rousseau”, ensayo publicado en *El País*, 8.12.12, sección “La cuarta página”, no ahorra críticas a esta figura tan contradictoria cuanto polémica cuya lectura sirve con igual presteza a los liberales y a los totalitarios de todos los matices: “Rousseau es un individualista que anhela desprenderse de su individualismo y perderse en lo colectivo. Su ideal político remite a las repúblicas grecorromanas. Lo ratifican sus constantes elogios a Esparta y Roma en *El contrato social* así como el lamento de las *Confesiones*: “¡Por qué no habré nacido ciudadano romano!”. Y lo corroboran sus dos proyectos de constitución para Córcega y Polonia. Su reivindicación de una comunidad todopoderosa y absoluta, presidida por la voluntad general, a la que el individuo se entrega con todos sus derechos y por la que está dispuesto a morir, no puede ser más ajena a la mentalidad ilustrado-liberal. Ni su negación de los derechos individuales, teorizados por Locke y recogidos en las declaraciones de derechos y en las constituciones del siglo XVIII. Basta recordar que en *El contrato social* restringe la libertad de expresión, de reunión y de asociación y que rechaza la división de poderes, el freno que Locke y Montesquieu blandían contra el poder absoluto. (...) Descartada la etiqueta de liberal, aún nos queda lidiar con la de igualitario. Es verdad que Rousseau habla mucho de igualdad y de libertad pero no nos engañemos. La imagen mítica que presenta en *El Contrato social* de una sociedad de hombres libres e iguales que resuelven sus asuntos reunidos en asamblea bajo un árbol, es una imagen falsa. Porque en realidad se trata de una comunidad de propietarios donde no tienen cabida los asalariados ni los sirvientes. Y es que, en el fondo, Rousseau siente un profundo desprecio por los no propietarios, como lo prueban la dedicatoria al Segundo Discurso, algunos párrafos de *El Contrato social* y *las Cartas escritas desde la Montaña*, donde abundan calificativos como populacho embrutecido e indigno, mercenarios, viles, canallas, etc.” VILLAVARDE que en lo general coincide en muchos puntos con el análisis de MERQUIOR no ha conseguido, no en tanto, hacer la misma lectura en respecto al patrimonialismo francés de la época de ROUSSEAU que este combatía.

esas leyes"⁸⁶. Según DALLARI⁸⁷, esa orientación política del Estado mínimo permitió la implantación del constitucionalismo y la separación de poderes, la preservación del libre comercio y de contrato, y el carácter individualista de la sociedad. Además de eso, entre otros beneficios, recuerda también el hecho de que tuvo lugar un acentuado progreso económico; se valoró al individuo y se desarrollaron las técnicas de poder según las cuales el poder personal dio lugar al poder legal.

1.1.5.2. El liberalismo económico

El gran dilema económico del liberalismo, en todas sus fases evolutivas, se refiere, básicamente, a la cuestión de la intervención del Estado en la vida social. Hay quien defiende, todavía hoy, la más absoluta ausencia de intervención estatal (*laissez faire et laissez passer, le monde va de lui même*)⁸⁸, como en los tiempos del pretendido Estado mínimo; por su vez, están los que adoptan una postura más moderada, siendo el

⁸⁶ Conf. BOBBIO, Norberto, *in Direito e Estado no Pensamento de E. Kant*, pág. 48.

⁸⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elemento de Teoria Geral do Estado*. São Paulo, Editora Saraiva, 20ª ed., 1988, págs. 102, 277.

⁸⁸ LUDWIG VON MISES, afirma que "en la Francia del siglo XVIII la expresión *laissez-faire, laissez-passer* fue la fórmula adoptada por los defensores de la causa de la libertad para condensaren su filosofía. Aspiraban crear una sociedad de mercado no obstruido." Pero VON MISES añade que "*laissez-faire* no significa: "dejen funcionar las fuerzas mecánicas y desalmadas. Significa: dejen los individuos escoger de qué manera desean cooperar en la división de trabajo; dejen que los consumidores determinen lo que los empresarios deben producir." VON MISES, Ludwig. *Ação Humana. Um Tratado de Economia*. São Paulo, Instituto Ludwig von Mises, 2010, pág. 968-969, traducción de Donald Stewart Jr. del título original en inglés *Human Action: A Treatise on Economics*. Conf. BOBBIO, Norberto, *in Direito e Estado no Pensamento de E. Kant*, pág. 48.

mercado apenas reglado por el Estado, pero sin intervención, excepto en casos esporádicos; y por fin, están los que preconizan, en sentido inverso, una profunda intervención en el mercado para contrarrestar la gran presión de los movimientos socialistas iniciados en el siglo XIX.⁸⁹

Si bajo la influencia del iusnaturalismo de LOCKE (1632-1704) la propiedad se consideraba un espacio sagrado para el individuo, sin posibilidad de verse afectado por interferencias del Estado, con la obra *La Riqueza de las Naciones* (1776) de ADAM SMITH⁹⁰ (1723-1790) esa no intervención en el mercado pasó a considerarse un dogma casi absoluto, a riesgo de violar el “orden natural de las cosas”, pues según él la economía se rige por leyes naturales inmutables que poseen mecanismos propios de

⁸⁹ Para autores como BELLAMY, que conceptúan la “no-intervención” como “neutralidad” – los teóricos “neutralistas”, o sea, los liberales que no aceptan la intervención del Estado en la economía y lo quieren por consiguiente neutral, son por él clasificados desde “libertarios neoconservadores” como F.A. HAYEK e R.NOZICK, pasando por liberales más “centristas” como B.A.ACKERMAN, hasta “demócratas sociales” como R.DWORKIN y J.RAWLS. Así, BELLAMY entiende que esa diversidad refleja una indeterminación en la noción de neutralidad, lo que la torna un tanto vacía para propósitos prácticos. En la compañía de JOSEPH RAZ, identifica tres tipos de neutralidad: (1) la neutralidad en el sentido más estricto que requiere que el estado no realice acciones que visen ayudar a los individuos; (2) la neutralidad en el sentido amplio requiere en contra que el estado asegure que todos los individuos sean igualmente capaces de buscar y alcanzar cualquiera concepción de bien por ellos escogidas; y (3) el tercer tipo es una posición intermedia, eso es, la neutralidad moderada. Los teóricos libertarios favorecen el primer tipo de neutralidad; los socialistas el segundo; y los liberales de centro y los demócratas sociales, el tercero. BELLAMY entiende que esa versión final es la más compleja y que tiende a fundirse en una u otra de las dos anteriores. BELLAMY, Richard, *in Liberalismo e Sociedade Moderna*. São Paulo, Editora UNESP, 1994, traducción de Magda Lopes del título original *Liberalism and Modern Society*, 1992.

⁹⁰ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo, Editora Nova Cultural, 1996, traducción de Luiz João Baraúna.

autorregulación. Versando la obra sobre las relaciones económicas, la libertad del individuo pasó a depender también de la existencia de un mercado libre sin el cual no podrá ejercitar su libertad, por lo que se concluye que no puede haber libertad política sin que haya libertad económica.

Smith, que ha puesto en relieve la primera fase del liberalismo económico, desarrolló una de las más originales teorías sobre el funcionamiento del mercado.

El mito de la “mano invisible” del mercado – Buscando la ganancia, motor de la actividad humana, al hombre lo conduce una mano invisible que lo lleva incluso a realizar los intereses sociales, que se satisfacen con el beneficio. Es decir, la búsqueda del interés individual da como resultado los beneficios sociales. El lucro, por consiguiente, es la clave del progreso. Dice SMITH:

“Todo individuo se empeña continuamente en descubrir cuál es la aplicación más ventajosa del capital total que posee. Como consecuencia, lo que el individuo persigue es su propio beneficio, no el de la sociedad. No obstante, la búsqueda de su propio beneficio individual natural o, mejor dicho, casi necesariamente, le lleva a elegir la aplicación que suponga mayores beneficios para la sociedad. (...) Orientando su actividad de tal manera que su producción pueda ser de más valor, procura simplemente su propia ganancia y, en este, como en muchos otros casos, es conducido por una especie de

mano invisible que promueve un objetivo que no formaba parte de sus intenciones. (...) Al perseguir sus propios intereses, el individuo muchas veces promueve el interés de la sociedad mucho más eficazmente que cuando realmente pretende promoverlo. Nunca he oído decir que hayan llevado a cabo grandes cosas para el país aquellos que simulan ejercer el comercio buscando el bien público.”⁹¹

Y es que para SMITH el interés general resulta, espontáneamente, de la suma de los intereses personales. El liberalismo económico se basó, a partir de ahí, en ese enfoque: una vez que coincide el interés individual y el interés general, se debe, por lo tanto, dar plena libertad de acción a los intereses privados. En ese sentido SMITH cree que el Estado tiene que mantenerse alejado del mercado. Éste se regula mediante la especialización de cada uno, mediante el lucro y el egoísmo, jamás por principios humanitarios. El Estado, siendo improductivo, tan solo debe garantizar el funcionamiento libre del mercado.

La intervención es “antinatural” – Algunas de las tesis más importantes desarrolladas por SMITH en *La Riqueza de las Naciones*, y que están relacionadas con la no intervención

⁹¹ SMITH, Adam, ob. cit. Libro VI, cap. II, págs. 436-438.

del Estado, se pueden resumir en las siguientes frases escritas por él 21 años antes de la publicación de su obra seminal⁹²:

“Los planificadores obstaculizan la naturaleza en el curso de las operaciones naturales sobre los negocios humanos, cuando bastaría con dejarla sola, dejarla actuar libremente en la consecución de sus objetivos, a fin de que ella pueda realizar sus propios planes (...) Además de eso, se necesita muy poco para llevar a un Estado desde la barbarie más baja hasta el más alto grado de opulencia, además de la paz, bajos impuestos y una administración de la justicia aceptable; todo lo demás se hace siguiendo el curso natural de las cosas. (...) Todos los gobiernos que interfieren en ese curso natural, que fuerzan las cosas a ir en otra dirección, o que se empeñan en interrumpir el progreso de la sociedad en un determinado punto, no son naturales, y para subsistir tienen que ser opresores y tiranos.”

La intervención como excepción en el liberalismo clásico – Semejantes conceptos implican excepciones en su obra, a ejemplo de los escritos del Capítulo I del Libro Quinto, en el que analiza los gastos del Estado en Defensa, Justicia, en las obras y las instituciones públicas destinadas a facilitar el

⁹² DUGAL STEWART, *apud* EDWIN CANNAN, en su obra *Account of the Life and Writings of Adam Smith, from the Transactions of the Royal Society of Edinburgh* en 1793 y publicado en la obra póstuma de ADAM SMITH, *Essays on Philosophical Subjects*, 1795, pág. XVIII- esas frases forman parte de un manuscrito elaborado por Smith en el año 1755, por lo tanto 21 años antes de la publicación de su gran obra.- *Ibid*, pág.42.

comercio de la sociedad y la educación de la juventud⁹³. Por eso WINSTON FRITSCH escribió en su prólogo de presentación a esa obra inaugural de la economía política que “la defensa cualificada que SMITH hace del *laissez-faire* no lo clasifica (...) como defensor empedernido de la iniciativa privada y enemigo *à outrance* de la intervención del Estado”.

SMITH deduce, por lo tanto, una amplia gama de servicios útiles a la colectividad que serían competencia del Estado precisamente por no resultar atractivos para la iniciativa privada. Por esa razón muchos entienden que su doctrina de la libertad natural no va contra el Estado inversor o el Estado protector, sino contra las interferencias de la legislación y de las prácticas exclusivistas del mercantilismo. HUGON⁹⁴ atribuye a un SMITH moderado y relativista en sus conclusiones la influencia que ejercerá “directa e inmediatamente sobre la evolución de los acontecimientos”. Liberal y prudente, SMITH habría tenido en cuenta siempre los datos de la realidad, lo que lo habría salvado de las exageraciones de muchos de sus sucesores.

STUART MILL (1806-1873) – Aunque es un continuador de la tradición clásica liberal, STUART MILL incorpora a la Economía política el interés por la “justicia social”. Incluso llega a acercarse a las corrientes de pensamiento socialista e

⁹³ Ob. cit., Libro V, cap. I, págs. 173-249.

⁹⁴ HUGON, Paul: *História das Doutrinas Econômicas*, São Paulo, 1995, 14ª ed. pág.108.

intervencionista, según observa HUGON⁹⁵. Por eso su obra se considera la transición de la Escuela Clásica al socialismo y al intervencionismo.⁹⁶ A pesar de todo, STUART MILL presenta en la obra *De la Libertad* tres objeciones fundamentales a la intervención del gobierno:

- a) Nadie está más capacitado para realizar cualquier negocio o determinar cómo o por qué hay que realizarlo que quien está directamente interesado, siendo más probable que lo haga mejor que el gobierno;
- b) Incluso si los individuos no realizan lo que tienen en perspectiva tan bien como lo harían los agentes del gobierno, todavía es mejor que lo haga el individuo, como elemento de la propia educación mental;
- c) Cada función se añade a las que ya ejerce el gobierno, provoca mayor difusión de la influencia que le compete sobre las esperanzas y temores, convirtiendo, cada vez más, la parte activa y ambiciosa del público en parásitos del poder público o de cualquier partido que aspire al poder.⁹⁷

1.1.6. El liberalismo en el siglo XIX: Estado providencia

El Estado intervencionista que surgió a finales del siglo XIX de acuerdo con la posición mayoritaria de la doctrina y como alternativa al liberalismo clásico, se destinaba, cada vez más, a financiar y a administrar programas de seguridad

⁹⁵ Ob. cit., pág. 139.

⁹⁶ BOBBIO afirma que "la historia del liberal-socialismo tiene inicio con JOHN STUART MILL, que no obstante es uno de los mayores representantes del pensamiento liberal", *in Teoria Geral da Política*, ob. cit., pág. 357.

⁹⁷ STUART MILL, John *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu, ob. cit., pág. 276.

social, al tiempo que se acentuaba la intervención financiera del Estado.⁹⁸

GOZZI ⁹⁹ resalta el hecho de que el gobierno constitucional separara el Estado de la propiedad dando origen a la dependencia fiscal del Estado con respecto a la sociedad. Debido a eso, solo sería posible enfrentarse a los problemas sociales más graves por medio de los impuestos fiscales. Esa necesidad de “recapitalización” del Estado, destinada a proveer las exigencias sociales, conduciría a un cambio en la estructura material y social del Estado de derecho. El estatismo gana terreno. El Estado providencia¹⁰⁰ o Estado de servicio empieza así a emerger y con él la intervención económica, de redistribución social y de regulación de las relaciones sociales. ROSANVALLON ¹⁰¹ recuerda que si el Estado moderno no puede existir sin economía y la sociedad de

⁹⁸ Con base en los estudios de ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *in Economía y Estado: Crisis y Reforma del Sector Público*, Madrid, Marcial Pons, 1993 – LEOPOLDINO DA FONSECA hizo un análisis de las razones que determinaron la intervención del Estado en esa época, y concluyó que de esa nueva postura la actuación del Estado pasó a asumir cuatro modalidades: “la de regulación económica, la de actuación fiscal y financiera, la de iniciativa pública, con la creación de empresas públicas que actúan competencialmente con empresas del sector privado, y la reserva al sector público, con o sin monopolio.” – *in Direito Econômico*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999, pág. 206-247.

⁹⁹ GOZZI, Gustavo: “Estado Contemporâneo” *in Dicionário de Política*. Brasília, Editora UNB, 9ª ed., v.1, 1977, pág. 404.

¹⁰⁰ La expresión “Estado de bienestar” es mucho más antigua que la expresión inglesa Welfare State que se creó en la década de los cuarenta. Esta surge con el Plan Beveridge de 1942 que sirvió de base para construir el sistema británico. Fue el primer documento –según PIERRE ROSANVALLON– que explicaba los grandes principios de constitución del Estado de bienestar moderno. ROSANVALLON, Pierre, ob. cit., pág.126

¹⁰¹ ROSANVALLON, Pierre. *A Crise do Estado-Providencia*. Brasília, Editora UNB, traducción de Joel Pimentel de Uihôa, 1997, pág. 35.

mercado, es decir, sin la presencia del individuo como categoría económica central, “el Estado providencia se limita a proseguir y a ampliar este movimiento de protección del individuo como categoría económica central. Su objetivo es liberarlo de las redes de solidaridad restrictivas y aleatorias en las que todavía se incluye: quiere liberar al individuo, simplificando lo social”.

La cuestión social – En el siglo XIX el ascenso hacia el ímpetu intervencionista se produjo debido a las injusticias de todo tipo resultantes de la Revolución Industrial. Los valores económicos se impusieron a los demás valores. Aunque la sociedad burguesa proclamara la igualdad ante la ley y el final de las restricciones al acceso a la propiedad, esa igualdad y esa libertad de libre acceso a la propiedad eran apenas formales, puesto que solo los más ricos tenían medios económicos para ello. Las clases populares, excepto en Francia, quedaron al margen de las transformaciones realizadas, política y económicamente. En ese mismo periodo (entre 1820 y 1915), tendrían lugar las masivas emigraciones hacia América, cuyo número se calcula en torno a los cuarenta y cuatro millones de personas. El descontento popular, en ese momento, pasó a ser conocido como “cuestión social”. Existía una gran explotación capitalista de la fuerza laboral en el campo y en la industria. El liberalismo clásico era incapaz de dar una respuesta satisfactoria a esa cuestión, ya que sus presupuestos filosóficos e ideológicos impedían una correcta reflexión sobre la dimensión del problema.

El liberalismo de CONSTANT – BENJAMIN CONSTANT (1767-1830) intenta reconciliar el individuo y el Estado, así como el Estado y la sociedad. Contradiendo a ROUSSEAU, afirma que los derechos individuales no están debidamente protegidos por la voluntad general. Según él, la soberanía del pueblo no es ilimitada puesto que está circunscrita a los límites que le imponen la justicia y los derechos individuales: “los ciudadanos poseen derechos individuales independientes de toda autoridad social o política, y cualquier autoridad que viole esos derechos es ilegítima. Los derechos de los ciudadanos son la libertad individual, la libertad religiosa, la libertad de opinión, en la que interviene y está incluida su publicidad, el disfrute de la propiedad, la garantía contra todo arbitrio. (...) Los poderes públicos podrán regular el derecho a la propiedad para, de ese modo, proteger los demás derechos fundamentales.”¹⁰²

A partir de CONSTANT, el liberalismo se divide en varias corrientes y una de sus ramas profundiza en las teorías de las libertades civiles, idealiza la libertad y se siente heredero de la Ilustración, contraponiéndose al liberalismo conservador y autoritario que se asusta ante los “excesos” de la Revolución Francesa¹⁰³.

¹⁰² CONSTANT, Benjamin: *Política Constitucional*. Madrid, Ed. Taurus, 1968, apud JOAN ANTÓN MELLÓN, ob. cit., pág. 98.

¹⁰³ Conf. ANTÓN MELLÓN, Joan, ob. cit., pág. 99.

La influencia americana – El liberalismo radical y democrático desarrollado por los federalistas norteamericanos¹⁰⁴, por TOCQUEVILLE o JOHN STUART MILL, es heredero de KANT y de la Ilustración, además de los autores británicos como THOMAS PAINE (1737-1809) que llevaron al Nuevo Mundo ideas democráticas acerca de los derechos del hombre, la superstición de la religión y la necesidad de separarla de la política¹⁰⁵. Con el argumento de PAINE a favor de la reforma política, los derechos naturales y la racionalidad innata de los individuos, el gobierno tendría como función salvaguardar esos derechos naturales que se denominarían libertades civiles. Esos derechos deberían estar garantizados por gobiernos constitucionales basados en el concepto clave de soberanía popular y con las ideas siguientes: 1) tener un límite establecido por ley para sus actuaciones; 2) que el núcleo central del ejercicio de la autoridad política se apoye en los poderes legislativos representativos; y 3) que la legitimidad política de los gobiernos venga dada por la voluntad de la mayoría de los ciudadanos ante los que son responsables. El problema fundamental de esa corriente liberal pasó a ser la combinación de libertad con igualdad y, al mismo tiempo, el

¹⁰⁴ Véanse sobre los federalistas las obras: *El Federalista* (A.HAMILTON, J.MADISON y J.JAY), prólogo y traducción de GUSTAVO R. VELASCO del título original *The Federalist; a Commentary on the Constitution of the United States*, en la buena edición de Fondo de Cultura Económica, México, séptima reimpresión, 2000; MCCULLOUGH, David. 1776.

A história dos homens que lutaram pela independência dos Estados Unidos. Rio de Janeiro, Ed.Jorge Zahar, 2006, traducción de Roberto Franco Valente.

¹⁰⁵ ANTÓN MELLÓN, Joan: "El liberalismo". *Manual de Ciencia Política*, 2ª ed., coord. de Miquel Caminal Badia, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 99. ¹⁰⁶ _____, ob. cit., pág. 99.

desarrollo de una sociedad en la que se respetaran los derechos y libertades¹⁰⁶.

La reacción al conservadurismo – El liberalismo doctrinal y conservador ya estaba siendo cuestionado a finales del siglo XIX, sobre todo en su vertiente económica de *laissez faire*, *laissez passer*, que rechazaba cualquier intervención del Estado en materia económica o social. Varios factores habrían contribuido a ese cambio de mentalidad en las élites europeas dirigentes, entre los que cabe destacar los siguientes: 1) el aumento progresivo de la riqueza que había acumulado el industrialismo capitalista conllevaba la existencia de una miseria urbana sin precedentes; 2) la influencia de los pensadores socialistas; 3) la creación y el gran desarrollo de partidos obreros en Inglaterra y Alemania; 4) estadísticas contundentes sobre huelgas, accidentes, trabajo femenino e infantil en las fábricas y minas; 5) la influencia de la doctrina social de la Iglesia católica; 6) la difusión de estudios científicos que revelaban los costes sociales del industrialismo capitalista, etc.¹⁰⁷.

La mezcla liberal-social – Entre los teóricos reformistas que más han influido en el cambio del liberalismo sobresale el autor británico JOHN STUART MILL (1806-1873), para quien el individualismo liberal deber ser complementado y reformado, con algunas de las exigencias socialistas, conforme a una

¹⁰⁶ _____, ob. cit., pág. 99.

¹⁰⁷ _____, ob.cit., pág.102.

moral utilitarista cuya meta es el progreso global de la humanidad. Surge así un nuevo modelo teórico basado en el concepto de una sociedad liberal democratizada y en constante desarrollo, cuya óptica social reformista tenía como fin solucionar la Cuestión social. Por su parte, THOMAS HILL GREEN (1826-1882) expuso que, siendo la naturaleza humana social en esencia, la política debe crear condiciones sociales que permitan el desarrollo moral de las personas, es decir, “mantener las condiciones sin las que el ejercicio libre de las facultades humanas sería imposible”¹⁰⁸.

1.1.7. El Liberalismo en el siglo XX: aumenta la intervención

A principios del siglo XX, la situación de las clases trabajadoras se agravó debido a la Primera Guerra Mundial. En Rusia, en 1917, irrumpe la revolución bolchevique dando lugar al primer Estado socialista. En Alemania, la Constitución de Weimar enfatiza la cuestión obrera. Las dificultades persisten y el nazismo sube al poder. En la patria del primer Estado liberal, ROOSEVELT adopta en 1932, con el programa de gobierno *New Deal*, una política de marcado carácter intervencionista con el objetivo de superar la inestabilidad

¹⁰⁸ ANTÓN MELLÓN, Joan, ob. cit., pág. 102.

social y ayudar a millones de desempleados. KEYNES fue su gran economista y el diagnosticador de los fallos del *laissezfaire*. “Si la mano invisible de la Providencia ya no garantizaba por sí misma la armonía entre los hombres – escribe MERQUIOR recordando la cultura pesimista que caracterizaría la tradición liberal¹⁰⁹ –, se imponía entonces algún tipo de intervencionismo estatal, de lo contrario la propia libertad estaría en peligro”. ROSANVALLON¹¹⁰ narra que el *New Deal* de ROOSEVELT, lanzado antes de que se formulara la ecuación keynesiana, había puesto en práctica tan solo algunos elementos de esa idea, enfatizando la intervención económica e industrial del Estado.

La ruptura económica – El Estado de servicio interviene en el mercado para intentar disminuir los efectos de la desigualdad económica; el estatismo se agiganta con el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial. Comenta MERQUIOR¹¹¹ en otro fragmento de su célebre obra:

“Pero el desvío decisivo con relación a la práctica política consistía en sobrepasar los dogmas antiestadistas de los paleoliberales¹¹². GREEN mantenía que la coacción estatal no era el único obstáculo para la libertad; también lo son

¹⁰⁹ MERQUIOR, José Guilherme, ob.cit., pág.41.

¹¹⁰ ROSANVALLON, Pierre, ob. cit., pág. 91.

¹¹¹ MERQUIOR, José Guilherme, ob. cit., pág. 41.

¹¹² JOSÉ GUILHERME MERQUIOR crea el neologismo paleoliberalismo para designar el periodo que va de BENJAMIN CONSTANT (1767-1830) a HERBERT SPENCER (1820-1903) – en realidad, la primera fase del liberalismo. Él considera a LOCKE y a MONTESQUIEU "más ancestrales que fundadores", puesto que sus teorías son anteriores al advenimiento de la Revolución Industrial y de la Revolución Francesa. In ob. cit., pág. 89.

las barreras económicas y sociales, lo que convierte en legítimo acudir a la acción del Estado para eliminarlas. En cierto modo, MILL había preludiado ese social liberalismo al aceptar la legitimidad de la intervención providencial del Estado (que, por otra parte, nunca había sido rechazada por clásicos como ADAM SMITH o BENTHAM); pero MILL mantendrá su oposición a la administración permanente del bienestar colectivo por parte del Estado, y seguirá fiel al concepto minimalista de este último”.

Entre 1920 y 1936, la situación coyuntural de la economía de los principales países capitalistas era de recesión – dándose incluso depresión – con un alto índice de desempleo de la mano de obra y de factores productivos, produciéndose además un vertiginoso declive de la renta nacional. El economista JOHN MAYNARD KEYNES (1883-1946) destaca dos grandes fallos de ese sistema de mercado: el desempleo y la distribución extremadamente desigual y arbitraria de la renta y de la riqueza. A continuación apunta alternativas de acción cuya implementación se conocería como “revolución keynesiana”. VIEIRA ARAÚJO¹¹³ señala que su aportación fue decisiva, no solo en el campo de la teoría económica, sino también en el ámbito de la política económica, dando entrada a la intervención del Estado en la economía.

¹¹³ VIEIRA ARAÚJO, Carlos Roberto, *in História do Pensamento Econômico*. São Paulo, Ed. Atlas, 1988, pág.111.

La afirmación del liberalismo social – El predominio de la fase social liberal de la era keynesiana (1930-1973) propició el surgimiento de la “síntesis democrática liberal”, según el análisis de ARON¹¹⁴. Los derechos civiles, políticos y sociales son absorbidos por las democracias contemporáneas. Esa síntesis nace de la unión del liberalismo clásico y la crítica socialista, cuya pretensión es garantizar derechos y libertades. Sin embargo, la implantación de la política del Estado providencia, o Estado de bienestar, viene siendo criticada desde el punto de vista económico, social y cultural. Las mismas justificaciones (desempleo y recesión) que existían en los años treinta y que dieron pie a la intervención del Estado en la economía, en busca de los ajustes de mercado, todavía se mantienen. Pero, ¿qué modelo adoptar para enfrentarse a la crisis actual? TOURAINÉ¹¹⁵ sigue apostando por el “Estado providencia” con todos sus puntos flacos en los criterios de mercado que, inexorablemente, excluyen una parte creciente de la población. Según él, solo existe democracia donde se reconocen los problemas sociales como la expresión de las relaciones sociales “(...) que pueden transformarse mediante una intervención voluntaria de los gobiernos elegidos libremente”¹¹⁶. Y MERQUIOR llega a afirmar de manera

¹¹⁴ ARON, Raymond, *in Estudios Políticos*. Brasília, Ed. UNB, 1980, traducción de Sergio Bath, págs. 221/251.

¹¹⁵ TOURAINÉ, Alan, *in O Que é a Democracia?* Rio de Janeiro, Petrópolis, Ed. Vozes, 1996, trad. de Guilherme João de Freitas Teixeira, pág.148.

¹¹⁶ ALAN TOURAINÉ entiende que "(...) antes que nada, es imposible concebir actualmente una democracia que no sea simultáneamente republicana, liberal y social,

enfática: “El liberalismo con preocupaciones sociales es la única doctrina política actual que se toma muy en serio el ideal democrático en el sentido estricto de la palabra, de gobierno del pueblo”¹¹⁷.

1.1.7.1. El consenso social-liberal

El “consenso social-liberal” como lo define RALF DAHRENDORF ¹¹⁸, o “ecuación keynesiana” como prefieren otros autores, es el punto de encuentro entre la preocupación liberal (por asegurar el crecimiento económico) y la

aunque la mayor parte de los sistemas democráticos no satisfagan plenamente esos tres criterios”. In ob. cit., pág.150.

¹¹⁷ MERQUIOR, José Guilherme, *in Socialismo e Liberalismo*, Rio de Janeiro, Ed. Nórdica, 1996, pág. 133.

¹¹⁸ “No puede haber un orden liberal sin democracia política, pero la democracia política por sí sola no garantiza un orden liberal”, decía RALF DAHRENDORF, filósofo, liberaldemócrata y politólogo que en 2007 ha recibido el Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales, conf. materia en el periódico El País de 19 de junio de 2009 firmada por WALTER OPPENHEIMER cuando de la muerte del profesor de Oxford. A su juicio, para alcanzar ese orden liberal se deben dar tres condiciones: la democracia no debe tolerar a quienes se proponen destruirla, es decir, ha de prohibir los partidos extremistas; tiene que haber un Estado de derecho porque hay democracias sin ley y Estados de ley no democráticos; tiene que haber una sociedad civil fuerte, una pluralidad de asociaciones y actividades cívicas regulada -pero no controlada- por el Estado.” En su homenaje al “politólogo de la libertad” añadió OPPENHEIMER: “...ha sido una síntesis en sí mismo. Una de las pocas personas capaz de ser a la vez alemán e inglés y definirse como londinense, conjugó siempre el liberalismo político con una visión social de la economía, abrazó el europeísmo sin renunciar por ello a ser abiertamente proamericano y fue político sin dejar de ser académico.”

¹¹⁹ SÁNCHEZ, Jordi. “El Estado de bienestar” *in Manual de Ciencia Política*. Madrid, 2004, pág. 247.

preocupación socialista (por asegurar la redistribución de la renta). Una pretensión de hacer confluír el respeto al mercado y la persecución de la igualdad mediante la articulación de políticas redistributivas.¹¹⁹ Este sueño alimenta los gobiernos demócratas en todo el mundo, hasta hoy: la necesidad de impulsar el crecimiento económico y la extensión de un mayor bienestar social para toda la población. Son principios que a partir de KEYNES pasaran a ser indisociables. Esa combinación de recursos entre el mercado y el Estado, se tornó una doctrina económica incuestionable, hasta la venida de una nueva crisis económica.

Según la visión de los clásicos, el origen del desempleo estaba en la rigidez de los monopolios que existía tanto por parte de los sindicatos, que impedían la flexibilidad de los salarios, como por parte de las empresas que impedían la competencia perfecta. Las imperfecciones del mercado eran, por lo tanto, las responsables de la crisis que sacudió la economía capitalista de aquel periodo. KEYNES, en su obra *La teoría general* (1936), que representaba la ruptura con la teoría económica en boga hasta ese momento, demostraría un panorama muy diferente. El mal funcionamiento del capitalismo – decía él – surgía de la deficiencia de la demanda, siendo esta una de las características del sistema. Así, su gran aportación a la teoría económica sería el principio de la “demanda efectiva”, a pesar de que – pone de relieve VIEIRA

¹¹⁹ SÀNCHEZ, Jordi. “El Estado de bienestar” in *Manual de Ciencia Política*. Madrid, 2004, pág. 247

ARAÚJO¹²⁰ – el éxito de su obra se deba al instrumental analítico que utilizó. A KEYNES le preocupaba básicamente determinar los principales factores responsables del desempleo en una economía industrial moderna. Al poner de relieve esos factores, se descubren también las causas del desempleo. Ese era el gran problema de la época y uno de los puntos débiles del sistema capitalista. “Como el empleo va unido a la producción y a la renta, estudiar el nivel de empleo es lo mismo que estudiar el nivel de la renta o de la producción nacional”. De este modo, la demanda efectiva que establece el nivel de producción, viene determinada a su vez por otros elementos distintos, a semejanza de los bienes de consumo y de los bienes de inversión. Así, la caída del consumo haría que algunos empresarios archivaran futuros proyectos de inversión o, incluso, que disminuyeran la producción actual. En ese caso, habría un incremento de la capacidad ociosa y, por consiguiente, desempleo. Para que las antiguas fábricas continúen produciendo, es necesario que se creen nuevas fábricas. En ese proceso de creación de nuevas fábricas (inversión) se genera más renta, que se destinará a la compra de productos nuevos y viejos. Así dicho, si el principio es simple, las consecuencias que se derivan de él, en el ámbito de la política económica, son enormes. Por ejemplo, significa el fin del *laissez-faire* y del liberalismo económico.¹²¹

¹²⁰ VIEIRA ARAÚJO, Carlos Roberto, ob. cit., pág.112.

¹²¹ En la conceptualización de un liberal insospechable, “el liberalismo económico se opone a que la competencia sea suplantada por métodos inferiores para coordinar los esfuerzos

Libertad, desarrollo y justicia social – KEYNES consiguió de este modo establecer el principio de que no existen fuerzas de autoajuste en la economía, permitiendo así justificar el desarrollo de una política económica estatal. Desde su perspectiva, el Estado debería, entonces, estimular el consumo y la inversión (cuya insuficiencia llevaría al desempleo) – sea directamente, a través del gasto público, sea indirectamente, por medio de la política fiscal y de la política de crédito, actuación que sería decisiva para incrementar una política de pleno empleo. La llamada “ecuación keynesiana” dio origen en las últimas décadas al desarrollo del Estado providencia, es decir, a la relación entre crecimiento económico y justicia social; o incluso, en otros términos, a la paridad entre progreso social y eficacia económica. OFFE llamaría a esa fase *welfare state* keynesiano. Según este concepto, el Estado se ve obligado a intervenir, por la adopción de la política fiscal y de la determinación del tipo de interés, para regular el nivel

individuales. Y considera superior la competencia no sólo porque en la mayor parte de las circunstancias es el método más eficiente conocido, sino, más aún, porque es el único método que permite a nuestras actividades ajustarse a las de cada uno de los demás sin intervención coercitiva o arbitraria de la autoridad.” HAYEK, Friedrich A., *in Camino de servidumbre*. Madrid, Alianza Editorial, 2006, pág.66-67, cuya primera edición fecha de 1944, traductor José Vergara, del título original *The Road to Serfdom*. Con efecto, añade HAYEK: “La argumentación liberal defiende el mejor uso posible de las fuerzas de la competencia como medio para coordinar los esfuerzos humanos, pero no es una argumentación en favor de dejar las cosas como están. Se basa en la convicción de que allí donde pueda crearse una competencia efectiva, ésta es la mejor guía para conducir los esfuerzos individuales. No niega, antes bien, afirma que, si la competencia ha de actuar con ventaja, requiere una estructura legal cuidadosamente pensada, y que ni las reglas jurídicas del pasado ni las actuales están libres de graves defectos. Tampoco niega que donde es imposible crear las condiciones necesarias para hacer eficaz la competencia tenemos que acudir a otros métodos en la guía de la actividad económica.” A. HAYEK, Friedrich, ob. cit., pág. 66.

adecuado de pleno empleo. Debe darse una intervención similar para estimular la inversión o, como dice OFFE, una “amplia socialización de la inversión”. Desde esta perspectiva, el Estado providencia es un Estado de intervención económica que pretende lograr la redistribución social y la regulación de las relaciones sociales.

La crisis del “*welfare state* keynesiano” – CLAUS OFFE¹²² explica la relación entre el keynesianismo y el *welfare state* del siguiente modo:

“La intención estratégica de la política económica keynesiana es promover el crecimiento y el pleno empleo, y la intención estratégica del *welfare state* es proteger a quienes se vean afectados por los riesgos y las contingencias de la sociedad industrial y crear medidas de igualdad social. Esa última estrategia se convierte en viable tan solo en la medida en que la primera tiene éxito, ofreciendo los recursos necesarios para las políticas de bienestar social y limitando la extensión de las reivindicaciones relacionadas con esos recursos. El efecto combinado de las dos estrategias, sin embargo, dio como resultado un elevado índice de desempleo e inflación. Para resumir, ni la política económica ni la política social fueron capaces de evitar el desempleo y la inflación simultáneos.”

¹²² OFFE, Claus. “A democracia partidária competitiva e o “welfare state” keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização”. Texto traducido por Fanny Wrobel y publicado en *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 26, n. 1, 1983, pp. 29-51.

De hecho, como señala SÀNCHEZ¹²³ en su amplia análisis en respecto al Estado de bienestar, “el estímulo o desestimulo de la demanda, que habían sido las alternativas características del modelo keynesiano para hacer frente, respectivamente, al crecimiento del paro o al de la inflación, se mostraron ineficaces ante el aumento simultáneo de ambos indicadores (*stagflation*).”

PIERRE ROSANVALLON ¹²⁴ , por su vez, atesta la incapacidad del keynesianismo para enfrentar los crisis del mercado:

“Concebida como un mecanismo anticrisis, la política keynesiana se cuestiona hoy debido a la crisis económica. Sus “recetas” resultan tan incapaces de reducir el desempleo como los remedios de la política clásica durante los años treinta. Y la teoría keynesiana es tan incapaz de explicar los fenómenos actuales como la teoría clásica de hace cincuenta años. Por consiguiente, la ecuación keynesiana ya no funciona. De eso se deriva simultáneamente una crisis del Estado providencia y un desarreglo de las socialdemocracias”.

La quimera política se había disuelto cuando el estímulo a la demanda que había sido una de las características del modelo keynesiano para hacer frente, respectivamente, al

¹²³ SÀNCHEZ, Jordi. “El Estado de bienestar”, in *Manual de Ciencia Política*, editor MIGUEL CAMINAL BADIA. Madrid, Editorial Tecnos, 4ª reimpresión, pág. 249.

¹²⁴ Ob. cit., pág. 42.

crecimiento del paro o al de la inflación, se mostraron ineficaces ante el aumento simultáneo de ambos indicadores bien como al nivel de progresión alcanzado por el déficit público en los años ochenta. Pero los estados demócratas habrían de resistir y buscar una salida.

1.1.8. La persistencia del gran duelo de los años 80

1.1.8.1. El neoliberalismo

Existen hoy diferentes conductas y doctrinas bajo la capa del liberalismo. El neoliberalismo es una de ellas.¹²⁵ Sus

¹²⁵ F. A. HAYEK concibe el liberalismo como "un orden político deseable que fuera inicialmente desarrollado en la Inglaterra desde la época de los antiguos liberales (Old Whigs) en la parte final del siglo XVII hasta la era de GLADSTONE, en fines del siglo XIX. DAVID HUME, ADAM SMITH, EDMUND BURKE, T. B. MACAULAY y LORD ACTON, pueden ser considerados sus representantes típicos en Inglaterra. Fue esa concepción de libertad individual dentro de la ley que inicialmente inspiró los movimientos liberales en el continente europeo y se ha tornado la base de la tradición política norte americana. Algunos de los principales pensadores políticos en esos países, como B.CONSTANT y A. de TOCQUE VILLE en Francia, IMMANUEL KANT, FRIEDRICH von SCHILLER y WILHELM von HUMBOLD en Alemania, y JAMES MADISON, JOHN MARSHALL y DANIEL WEBSTER en los Estados Unidos, pertenecen integralmente a ella."

Ese liberalismo – advierte HAYEK – "debe ser claramente diferenciado del otro, originalmente perteneciente a la tradición europea, también designado como "liberalismo", de lo cual aquello que hoy en los Estados Unidos reivindica ese nombre es descendente directo." Y justifica su afirmación: "...al inverso de abogar limitaciones al poder del gobierno, acabó defendiendo el ideal de los poderes ilimitados de la mayoría. Esa es la tradición de VOLTAIRE, ROUSSEAU, CONDORCET y de la Revolución Francesa, que se ha tornado ancestral del socialismo moderno." – HAYEK, F. A., "Os principios de uma orden social liberal", in *Ideologias Políticas. Brasília*, Editora UNB, 2ª edición, 1998, traducción de Sérgio Duarte del título original *Ideologies of politics*, Oxford University Press, 1975.

fundamentos surgieron poco antes de la Segunda Guerra Mundial, siendo sus principales teóricos VON MISES (1881-

1973) y HAYEK (1899-1992). No aceptan los servicios sociales ni la ayuda del Estado. Sólo un gobierno mínimo – decía HAYEK – puede ser un gobierno decente, porque no existen ni pueden existir reglas generales para la asignación de beneficios particulares.¹²⁶ Entendía, así, de manera más radical que SMITH, que las únicas funciones del Estado son el mantenimiento de la seguridad colectiva contra agresiones externas – el ejército –, la preservación del imperio de la ley y del orden público – la policía – y la provisión de un número limitado de bienes públicos que no pueden ser eficientemente suministrados por el mercado. Para él, los socialistas persiguen en vano la idea de “justicia social” pues no pasa de un “espejismo”. En el mejor de los casos – aduce – un sin sentido, y, en el peor, “algo pernicioso e injusto que comportaría minar la justicia de las asignaciones que se producen a través del mercado, confiscando la riqueza de los más exitosos y prolongando la dependencia de los necesitados.”¹²⁷ NOZICK tampoco acepta la pretensión de los gobiernos democráticos de presentar las intervenciones redistributivas como si estuvieran dotadas de un contenido más justo. Los Estados que se auto otorguen más funciones,

¹²⁶ HAYEK, F.A., *in Derecho, legislación y libertad*. Madrid, Unión Editorial, 1985, *apud* Eduard Gonzalo y Ferran Requejo *in* “Las democracias”, *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Editorial Tecnos, 4ª reimpresión, 2004, pág. 229.

¹²⁷ HAYEK, F.A. *Los fundamentos de la libertad*. Madrid, Unión Editorial, 1982

como las de carácter redistributivo, son en verdad Estados ilegítimos.¹²⁸

Para que haya libertad tiene que existir un progreso permanente y este progreso necesita un mercado totalmente autónomo. Si se interviene en él o en los beneficios, se paralizan los mecanismos que promueven dicho progreso y que garantizan la libertad. El mercado, por lo tanto, debe ser intocable. Los que promulgan la justicia social y el bien común critican igualmente los temas que consideran una simple leyenda de grupos de presión que estarían, en realidad, más interesados en disfrutar de los beneficios a costa del Estado y de quienes son productivos. En un mercado libre y competitivo la miseria se considera un subproducto inevitable del nivel económico. No aceptan la intervención protectora del Estado, como preconizaban los liberales clásicos respecto a los aspectos básicos. Niegan, por consiguiente, los servicios sociales del Estado. Según HAYEK, “no es justo obligar a las personas a participar en objetivos que quizás no les interesen, como la asistencia social. Si quieren ser caritativas, que lo sean libremente. Por otra parte, el Estado no es de fiar y no se puede juzgar las necesidades reales, la extensión y el coste de tales servicios”¹²⁹.

¹²⁸ NOZICK, R. *Anarquía, estado y utopía*. México, 1988, FCE, apud EDUARD GONZALO y FERRAN REQUEJO in “Las democracias”, *Manual de Ciencia Política*. Madrid, Editorial Tecnos, 4ª reimpresión, 2004, pág. 179

¹²⁹ VALLE, Álvaro: *O Liberalismo Social*. Rio de Janeiro, Rio Nórdica, 1996, pág. 103.

Neoliberalismo: el enfoque económico – Bajo un enfoque esencialmente económico, el neoliberalismo surge del análisis del mecanismo de precios y del intento de demostrar que es imposible una planificación integral sin que haya un retroceso en los medios de producción. Según muestra HUGON, en régimen de libertad, el funcionamiento del “mecanismo de precios” se da cuando el emprendedor hace sus cálculos basándose en los precios de diferentes factores, estableciendo así el precio de coste según el cual intentará fijar su precio de venta. Hace un esfuerzo por ajustar todo lo posible la producción al consumo. En su opinión,

“El precio, al formarse libre y espontáneamente, registra la situación de la oferta y la demanda y orienta la producción (...) Así, según el neoliberalismo, el defecto más grave de una economía planificada consiste en el hecho de que no sea posible, en un sistema de control de precios, la utilización de éste como factor de comprobación de las variaciones de la oferta y la demanda”¹³⁰.

Así, para la corriente neoliberal, el poder público debe permitir el mecanismo libre de los precios mediante la libre competencia, circunstancia que sería, según esa línea ideológica, indispensable para el funcionamiento deseable de la economía. No obstante, tiene que darse la intervención del

¹³⁰ PAUL HUGON, in ob. cit., pág. 152.

Estado para evitar todo lo que pueda obstaculizar el libre funcionamiento del mecanismo de los precios, como la formación de cárteles, *trusts* y monopolios. Respecto a esto, los liberalismos poseen la misma formulación teórica, excepto en lo que se refiere a los monopolios cuando es el Estado el que los maneja. Los neoliberales no aceptan esta hipótesis y los social-liberales la toleran en casos excepcionales. De hecho, a este respecto se recoge en el párrafo 4º del artículo 173 de la Constitución brasileña que “la ley reprimirá el abuso de poder económico que pretenda dominar los mercados, eliminar la competencia y aumentar los beneficios de forma arbitraria”.

Por lo tanto, lo que caracteriza un sistema de libertad económica es la libre competencia, la competición sana. Pero con la actuación de los oligopolios (pequeño grupo de empresas que controlan el mercado concentrando la producción), de los cárteles (acuerdo entre competidores para imponer precios), y de los *trusts* (imposición de las grandes empresas sobre los competidores menores con el fin de apartarlos del mercado u obligarlos a aceptar la política de precios del mayor vendedor), el mercado, evidentemente, se deteriora, puesto que se elimina la competencia así como su finalidad en el contexto de la organización social. El abuso de poder económico puede presentarse bajo las formas más variadas y prácticas, pero hay un único objetivo: el aumento arbitrario de beneficios mediante el incremento excesivo de precios, negándole al consumidor la oportunidad de elegir.

El Estado liberal, según los neoliberales, deber ser un Estado que elimine todos los obstáculos para el buen funcionamiento del mecanismo de precios: su intervención consistirá en fiscalizar el mercado económico a fin de que no se produzca, como en el pasado, la falta de libre competencia. De este modo se manifiesta que no existe ninguna perspectiva, bajo el enfoque neoliberal, de intervención “social” del Estado, incluso si se produce para ayudar a los que hayan sido excluidos o a los que todavía no hayan podido introducirse en el economía de mercado.

La primacía del mercado – DRAIBE¹³¹ descubrió que el neoliberalismo no posee un cuerpo teórico específico. Los principales conceptos se toman prestados del pensamiento liberal, o de los conservadores, reduciéndose a la afirmación genérica de la libertad y de la primacía del mercado sobre el Estado, de lo individual sobre lo colectivo. Como consecuencia, se afirma la primacía del Estado mínimo, el cual no debe entrometerse en las relaciones de consumo. Los neoliberales sugieren a los gobiernos reglas prácticas de acción y reformas de Estado, así como la formulación de sus políticas públicas. En defensa del neoliberalismo, CAMPOS¹³² afirma que la pobreza y la desigualdad de la renta, que a menudo se alegan como consecuencias de las “fuerzas del mercado”, en realidad

¹³¹ DRAIBE, Sonia M.: *As Políticas Sociais e o Neoliberalismo*. São Paulo, Revista USP, marzo/abril/mayo 93, nº 17.

¹³² CAMPOS, Roberto, en un artículo del periódico Folha de São Paulo: “Pré-moderno ou Pós-moderno”, de 28.3.1999, págs. 1-4.

“tienen, en la raíz del problema, tres causas: la inflación, que es un error del gobierno; la falta de educación básica, que es omisión del gobierno; y el dirigismo económico, que es la privación de libertad impuesta por el gobierno”. Según ese punto de vista, y siguiendo los pasos de NOZICK, solo es legítimo y moral un Estado mínimo que proteja al individuo y que obligue a cumplir los contratos. Libertad sí, pero sin solidaridad.¹³³ Ahora bien. El individualismo potencializado del neoliberalismo rechazó la naturaleza asociativa del hombre y provocó un comportamiento egoísta que beneficiaba en gran medida a los audaces y a los que carecían de escrúpulos. Por otro lado, ese concepto individualista de libertad impedía que el Estado protegiera a los excluidos, haciendo que aumentara la injusticia social; es decir, se concedía a todos el derecho a ser libres sin la garantía de unas condiciones mínimas para el pleno derecho de esa libertad, sin existir, por lo tanto, el acuerdo que surgiría más tarde de la igualdad de oportunidades¹³⁴. De este modo, los que ya eran económicamente fuertes tenían ventajas sobre todos los demás. En la práctica, comenta VALLE,

“Los neoliberales defienden tan solo la libertad de los propietarios y de los empresarios. Ellos consideran la supresión de la libertad de los demás, por la miseria,

¹³³ NOZICK, apud Alvaro Valle, pág.103.

¹³⁴ DALLARI, ob.cit., pág.277. La igualdad de oportunidades, en el contexto del Liberalismo, significa, grosso modo, que el Estado debe ofrecer a todos los individuos las condiciones materiales, educativas y de salud esenciales para que todos tengan las mismas condiciones de competitividad.

como una realidad inevitable e indispensable. Mientras que MARX aceptaba la supresión de las libertades en la búsqueda de una sociedad justa, los neoliberales aceptan esa supresión como defensa de las leyes del mercado.”

Y añade VALLE: “ese neoliberalismo conllevaría fatalmente como consecuencia de su ideología la apología de grupos y de empresas o corporaciones capitalistas que hablan de ‘libre mercado’ simplemente como una disculpa para justificar la explotación del consumidor y de la sociedad y la búsqueda de beneficios cada vez mayores”. El neoliberalismo, por lo tanto, elimina de la libertad todo contenido ético.

1.1.8.2. El liberalismo social

Para esa corriente del liberalismo, la libertad es un bien fundamental porque permite la plena realización del ser humano. El mercado, para los social-liberales, no debe sacralizarse puesto que es un medio, no un fin. Es el medio más eficaz de que el hombre progrese y se realice, a nivel económico, y de que se llegue a una valoración real del trabajo, a la justicia social. Se defiende, por tanto, la intervención del Estado siempre que sea necesaria para alcanzar tales objetivos¹³⁵. El liberalismo social intenta conciliar los ideales de libertad y de justicia, de libertad para todos y satisfacer las

¹³⁵ VALLE, Álvaro, ob. cit., pág. 105.

necesidades de la colectividad. No puede existir libertad en la miseria, en la falta de elección, en la ausencia de igualdad de oportunidades. Los social-liberales defienden la propiedad como un derecho natural, necesario para el ejercicio de la libertad y de la propia realización del hombre, y no solo por motivos económicos o egoístas. El Estado tiene que tener límites en gran medida, pero no es un “mal necesario” como lo entienden los neoliberales. Hay situaciones en las que el Estado es fundamental para que se corrija la desigualdad de poder entre los más fuertes y los más débiles. Si hay que controlar al Estado y evitar la competencia con la empresa privada, al mismo tiempo hay que fortalecerlo para que cumpla su misión de garante de las libertades y de prestador de servicios indispensables, como la salud, la seguridad y la educación para todos los ciudadanos.

VALLE¹³⁶ reconoce, con notable franqueza, que si el viejo liberalismo “tuvo el mérito de despertar las conciencias en contra de la tiranía, la aplicación hoy de sus recetas sería inhumana y promovería una nueva especie de tiranía contra los más pobres, especialmente en un país como Brasil, donde la injusticia social es flagrante”. Según este autor,

“el liberalismo social (...) no está al servicio del mercado; ve en él un buen instrumento para sus objetivos de libertad y justicia. Si condenamos en el socialismo la entronización ideológica del Estado en el altar, no

¹³⁶ VALLE, Álvaro: *O Liberalismo Social*, Nórdica, Rio: 1996, 3ª ed., pág. 91.

tenemos por qué sustituirlo, en el mismo altar, por el mercado, especialmente en un mundo de rentas concentradas. (...) El gran reto del liberalismo social moderno es aprovechar las lecciones de libertad de los liberales clásicos y aplicarlas a todos. En la sociedad moderna, en la que todos son ciudadanos, todos votan, todos tienen acceso a la información, todos tienen también el derecho a ser libres. (...) Si el derecho a la libertad, así como a la propiedad, es natural, entonces debe extenderse a todos. (...) La dignidad humana debía respetarse ayer, como debe respetarse hoy, y como deberá respetarse de aquí a mil años. Todavía tenemos esclavos que necesitan ser liberados, a pesar de los disfraces de la opresión actual.”

En 1996, MERQUIOR¹³⁷ escribió:

“En Brasil tenemos, al mismo tiempo, Estado de más y Estado de menos. De más en la economía, donde el Estado se muestra terco, desperdicia, grava y obstaculiza. De menos en el ámbito social, donde son sangrantes e inadmisibles tantas carencias en materia de salud, educación y vivienda. Por eso, hay muchas veces un diálogo de sordos: por un lado los liberales se olvidan, al condenar la acción del Estado, de corregir nuestras tremendas necesidades en el campo asistencial; por otro

¹³⁷ MERQUIOR, José Guilherme: “Socialismo e Liberalismo”, in *Liberalismo Social*, Nórdica, Rio, 1996 3ª Ed., pág. 132.

lado, los que se autodenominan defensores “de lo social” condenan todas las posturas liberales. (...) Nuestro mejor liberalismo no debe tener un terror permanente al Estado; debe, eso sí, - y con creciente vigor - buscar los límites de la acción del Estado en sus objetivos reales.”

De este modo, el liberalismo con preocupaciones sociales, decía MERQUIOR, es la única doctrina política actual que se toma totalmente en serio el ideal democrático en el sentido estricto de la palabra de gobierno del pueblo. Y que la verdadera democracia liberal tiene dos pasiones, las pasiones de ROUSSEAU: libertad e igualdad ¹³⁸. SARTORI, en su *Elementos de Teoría Política*, también defiende una relación entre libertad e igualdad para los conceptos de liberalismo y democracia. Esa correlación es así entendida desde TOCQUEVILLE a DE RUGGIERO, KELSEN y RAYMOND ARON. No obstante para SARTORI es posible decir que el liberalismo es “sobre todo una técnica de control y de limitación del poder del Estado, mientras que la democracia es la inserción del poder popular en el Estado.” ¹³⁹

Según la metáfora creada por el científico político ROBERT DAHL¹⁴⁰, la democracia y el capitalismo de mercado

¹³⁸ MERQUIOR, ob. cit., pág. 133.

¹³⁹ SARTORI, Giovanni. *Elementos de Teoría Política*. Madrid, Alianza Editorial, 1999, pág. 144, versión de M^a. Luz Morán.

¹⁴⁰ DAHL, Robert A. *La Democracia – una guía para los ciudadanos*. Madrid, 1999, Grupo Santillana de Ediciones, traducción de Fernando Vallespín, pág. 195-201. Véase también en ROBERT A. DAHL: *La poliarquía*. Madrid, 2002, Editorial Tecnos, traducción de Julia Moreno San Martín, en especial el capítulo “Igualdades y desigualdades”, pág. 83-94.

“son como dos personas unidas en un matrimonio tempestuoso dividido por el conflicto, pero que aun así perdura porque ninguna de las partes desea separarse de la otra”. Es cierto también que en ningún país democrático existe una economía de mercado sin una amplia regulación e intervención estatal destinada a disminuir los efectos perjudiciales. Por eso DAHL remata con natural ironía diciendo que “(...) si la democracia y el mercado son inseparables, entonces que caminen uno al lado del otro...”.

De este modo, mantener y reforzar la justicia social, sin perder la competitividad en el contexto de la globalización, parece ser, cada día más, el gran reto del liberalismo social y, por eso mismo, el asunto principal de los debates políticos europeos de la actualidad. Europa, sin duda, cuna del liberalismo social, resiste a los avances del neoliberalismo y demuestra que tenía razón al hacerlo, a pesar de las investidas de THATCHER en los años ochenta y de las crisis sucesivas en el mercado. El ex primer ministro británico TONY BLAIR, en la época en la que fue presidente del Consejo de la Unión Europea, planteó en tono profético y como lastre al debate que seguiría entre los Estados miembros la siguiente cuestión: “¿cómo mantener y reforzar la justicia social y la competitividad en el contexto de la globalización?”. Intentando dar una respuesta a esa fundada preocupación política, dos eurodiputados¹⁴¹, en un artículo para el periódico español *El*

¹⁴¹ ENRIQUE BARÓN CRESPO y ALEJANDRO CERCAS ALONSO.

*País*¹⁴², dijeron que para que la propuesta de BLAIR tuviera futuro en cada uno de los estados europeos, la salida para esa nueva ecuación tendría que ser “la modernización de un modelo social” que ha convertido a Europa en “el mayor mercado, el mayor agente comercial y la zona de más desarrollo social del mundo”. Es decir, la reafirmación, con las modernizaciones indispensables, del modelo social europeo que tiene como triunfos una política social concentrada en grandes inversiones en educación, salud e infraestructura de transportes.¹⁴³

Para Alemania, la gran fiadora de la economía del continente, los mercados abiertos, la moneda única y la Europa social son partes indisolubles del proyecto europeo. Europa ha demostrado comprender y aceptar ante crisis sucesivas la modernización y la mejora de su modelo de economía social, pero jamás desmantelarlo o destruirlo. En el liberalismo social, los gobiernos aceptan ser los responsables del crecimiento económico, del bienestar social y de la sostenibilidad ambiental. Es un modelo que, en la optimista síntesis de CRESPO y ALONSO, tiene sus raíces en la Ilustración, en la solidaridad socialista y en el humanismo cristiano.

En términos económicos, la lucha más reciente de los países europeos consiste en volver a la economía más

¹⁴² El País, edición de 22-10-2005.

¹⁴³ Los científicos políticos denominan esa tendencia de new welfarism.

competitiva basada en el conocimiento y con un crecimiento sostenible, siendo capaz al mismo tiempo de ofrecer más y mejores empleos y mayor cohesión social aunque las crisis de la era posindustrial perjudiquen las acciones de gobierno e inquieten la población. Otros modelos progresistas eficaces de Europa integran el llamado “círculo virtuoso nórdico”, en una clara alusión a los éxitos económicos y sociales que se han venido consiguiendo en Finlandia, Suecia y Dinamarca.

La situación económica de Brasil que es buena comparada con el ranking de los principales países desarrollados es incompatible con su acentuado abismo social.¹⁴⁴ Jamás los buenos resultados de la economía brasileña deberían estar tan distantes y apartados de sus terribles índices sociales. Los liberales tampoco aceptan eso. Utopía o no, la economía y la justicia social son dos caras de una misma realidad.

En resumen, se puede afirmar que:

El liberalismo social, siendo una doctrina política, reúne principios de todas las corrientes de pensamiento que abrazan la causa de la libertad con igualdad social. Está, por tanto, abierto a todas las prácticas políticas que sigan por ese mismo camino, sin prejuicios ideológicos, conscientes de que el liberalismo social se ha construido a lo largo de la historia de

¹⁴⁴ En el Informe sobre Desarrollo Humano 2013 del PNUD, Brasil se ha convertido en un impulsor esencial del crecimiento de Sudamérica, mientras que la reducción de las desigualdades en el país a través de programas contra la pobreza todavía no alcanzaran sus objetivos - hdr.undp.org/es

la humanidad y que reúne, así, sus principales conquistas en el campo económico, político y social.

El Estado social, fiel a esos principios, no separa, por ejemplo, la libertad política y económica de la preocupación por la dignidad humana. Aquellas solo tendrán razón de ser si se centran en el hombre como ser social. Ningún tipo de política pública se sustenta, por estos principios, si no tiene en cuenta en su planteamiento y en sus resultados a la persona humana, en el sentido de garantizarle la igualdad de oportunidades, lo que significa ofrecerles las condiciones mínimas para una vida social digna.

La desigualdad natural que existe entre las personas no puede, bajo ningún concepto, servir como pretexto o justificación para que las condiciones de vida sigan siendo humillantes. De ahí la necesidad de una política social compensatoria en muchas y diversas circunstancias, sin olvidarse de que el Estado social no es lo mismo que un Estado asistencial, con el evidente daño que acarrea en cuanto a la eficiencia y a los resultados.¹⁴⁵

La pobreza que alcanza a la mayoría de la población mundial no es una fatalidad histórica o una deformación estructural sobre la que nada se puede hacer; es, ante todo, una denuncia elocuente que apunta hacia la incapacidad

¹⁴⁵ ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. "O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social", *in Anais da XVII Conferencia Nacional dos Advogados: Justiça, realidade e utopia*. Brasília, OAB, Conselho Federal, 2000, vol. I, pág. 69.

política de los gobernantes. Al mismo tiempo, las inversiones en educación y salud, además de las que se hacen en saneamiento básico, transporte público y vivienda, tienen el don de garantizar esa igualdad de oportunidades que reclama el liberalismo social y que exige desde hace mucho tiempo la conciencia civilizada de las naciones.

El neoliberalismo, por el contrario, lucha solamente por el libre mercado, puesto que se considera el único medio capaz de resolver los problemas sociales. Correspondería al Estado tan solo el papel de vigilancia y de actuaciones mínimas para que el mercado no se retraiga y pueda funcionar sin sobresaltos. De este modo, el poder político debería estar al servicio del poder económico, con la convicción de que por medio del mercado totalmente libre se lleven a cabo los cambios sociales deseados.

El liberalismo social también cree que el libre mercado es imprescindible, aunque sin aflojar las funciones esenciales del Estado, incluso para intervenir y controlar el propio mercado en casos de desvíos. Para esa corriente liberal, el poder político jamás debe estar al servicio del poder económico. Sin embargo, conviene cuestionar si hay posibilidad real de que exista un mercado justo, es decir, que tenga en cuenta el interés de los países involucrados y promueva mejor la justicia social.

1.2. El viaje de los derechos y la fundación del sistema liberal-social

La base filosófica del concepto universal de los derechos humanos – en ellos incluso los derechos sociales – se halla presente en la doctrina del iusnaturalismo o del derecho natural. LOCKE¹⁴⁶ fue uno de los que mejor formuló, en su época, los principios que vendrían a configurar el concepto de dignidad humana. Según él, por encima de las leyes que emanan del poder dominante existe una ley más importante de carácter ético y validez universal. La base de esa ley es el respeto a la dignidad de la persona, Y la persona es el valor fundamental del orden jurídico; es la fuente de las fuentes del Derecho. Las leyes naturales presentan la materia que tiene que regularse, siendo las leyes positivas (es decir, las oriundas del poder político vigente) simples normas secundarias e institucionales destinadas a garantizar el cumplimiento de dichas leyes naturales.

¹⁴⁶ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Petrópolis, RJ, 1994, Editora Vozes. Traducción de Magda Lopes y Marisa Lobo da Costa apud TAMER, Sergio Victor. *Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do Executivo no Brasil*. Editora Fabris, 2002, págs. 13-37; Véase también W.YOLTON, John, in *Dicionário LOCKE*. Rio de Janeiro, 1996, Editora Zahar, traducción de Álvaro Cabral, consultoría de Renato Lessa, del título original *A Locke Dictionary*, Oxford, Inglaterra, 1993; En relación a LOCKE, GIORGIO DEL VECCHIO escribió: "...el más importante escritor de este período es, sin duda, JOHN LOCKE (1632-1704), que fue quien imprimió a la doctrina del estado de naturaleza y del contrato social el carácter más racional. Por otro lado, él representa también, de modo conspicuo, la tendencia democrática y liberal delante a la tendencia de HOBBS. De HOBBS se aleja por el espíritu y por las conclusiones. Donde aquello se ha valido del estado de naturaleza y del contrato social para fundamentar el poder absoluto del príncipe, LOCKE se ha servido de las mismas hipótesis para demostrar la existencia de límites jurídico al poder soberano..." – DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra, Editor Arménio Amado, Vol. I, 4ª edición actualizada de la 10ª edición en italiano, 1972, pág. 130-134, traducción de António José Brandão, y revista por L. Cabral de Moncada.

Según la doctrina de LOCKE¹⁴⁷, en caso de conflicto entre la ley natural y la ley del Estado, tiene que prevalecer la ley natural. Hay tres versiones de la existencia de las leyes naturales: la primera dice que hay una ley establecida por voluntad divina y que ha sido revelada por Dios a los hombres; la segunda informa de que hay una ley natural en sentido estricto, es decir, físicamente innata en todos los seres animado como forma de instinto; por último, la tercera versión dice que la razón dicta las leyes naturales, por lo tanto, son propias del hombre que las halla dentro de sí mismo de manera autónoma. JOHN LOCKE decía que toda humanidad aprende que, al ser todos iguales e independientes, nadie debe perjudicar al prójimo en su vida, salud, libertad ni bienes. Prevalece el sentido moral interno, la razón recta.¹⁴⁸

¹⁴⁷ AZEVEDO ALVES y MANUEL MOREIRA aseguran que la "Escuela de Salamanca" se ha anticipado, en relación a LOCKE, por lo menos unos 80 años: "El papel germinador del pensamiento católico ibérico en los siglos XVI y XVII – del que no se excluye la influencia árabe y principalmente la reintroducción de ARISTÓTELES a partir de la conquista de Toledo en 1085 – fue muy significativo. La Escuela de Salamanca (que no se reduce a Salamanca, ya que de la misma "Escuela" hacían parte Coimbra y Évora, por ejemplo) no solo fue la primera a defender, dos siglos antes de Adam Smith, el liberalismo económico – especialmente por medio de las importantes contribuciones del "portugués" Luis de Molina – como fue también la fuente que ha alimentado el liberalismo político, 80 años antes de LOCKE. Y acrecientan aún los autores: "...el atraso económico de la Península Ibérica acompañó el agotamiento del pensamiento liberal. Pero la falta de continuidad ibérica que ha afectado el pensamiento de los escolásticos de Salamanca es un otro tema, que en nada afecta su relevancia en el ámbito de la historia del pensamiento político y económico." AZEVEDO ALVES, André y MANUEL MOREIRA, José, in "John Locke e os escolásticos de Salamanca", in *Revista de Economia & Relações Internacionais, da Faculdade de Economia da Fundação Armando Alvares Penteado*, São Paulo, Vol.8, número 15, julio de 2009, – [www. faap.br/faculdades/economia/ciencias_sociais](http://www.faap.br/faculdades/economia/ciencias_sociais).

¹⁴⁸ LOCKE, John, ob. cit., pág. 86.

Desde esa perspectiva, LOCKE entiende que un hombre se degenera y declara que ha roto con los principios de la naturaleza humana, convirtiéndose en una criatura nociva, cuando viola la ley y desobedece a la recta razón. Pero advierte de que las leyes solo son justas en la medida en que se basan en la ley de la naturaleza, por la cual deben ser reguladas e interpretadas.¹⁴⁹

La doctrina iusnaturalista ha hecho posible la aparición del llamado Estado democrático y de derecho. Esas ideas, debido a su importancia, han justificado la revolución inglesa de 1689 y la declaración de independencia americana (1776); también influyeron en las obras de los franceses de la Ilustración, como MONTESQUIEU (1748) y ROUSSEAU (1762), líderes de la Revolución francesa (1789), que estableció la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.¹⁵⁰

Pero mucho antes de LOCKE y de BECCARIA, La Carta Magna de 1215 obligó al rey Juan sin tierra a respetar las libertades fundamentales del reino gracias a la fuerte presión ejercida por los nobles y el clero ingleses que se rebelaron contra los abusos y arbitrariedades que él llevaba a cabo. Tiene

¹⁴⁹ _____, ob. cit., Capítulo II, "Do estado de natureza", pág. 83-90

¹⁵⁰ BOBBIO considera el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, como la primera y más completa formulación del Estado liberal. Y es "uno de los tres o cuatro libros decisivos en la historia del pensamiento político moderno" – dice. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília, Editora UNB, 1997, 4ª edición, traducción de Alfredo Fait, pág.37. En relación al principio de la mayoría y su justificativa jusnaturalista, es decir, en la ética natural, hay una amplia análisis en la obra *Locke e o direito natural*, de NORBERTO BOBBIO, Brasília, Editora UNB, 1997, traducción de Sergio Bath, pág. 222.

su origen en el *habeas corpus*. La Declaración de los Derechos de 1689 (*Bill of Rights*) consolidó los ideales políticos del pueblo inglés, pasando algunos de ellos a formar parte de las constituciones de todos los pueblos libres, como el que trata del derecho a la petición, la no imposición de impuestos sin una previsión legal y el *habeas corpus*. Este, aunque naciera con la Carta Magna, se hizo aquí aún más fuerte. La Declaración de Derechos de Virginia de junio de 1776 se inicia como “un eco de LOCKE”¹⁵¹ y ya habla de que todos nacen igualmente libres e independientes; que toda autoridad emana del pueblo y a él pertenece; habla del bien común, de la seguridad del pueblo, de la felicidad (bienestar) y de todo lo que proteja contra los peligros de la mala administración. Habla también del derecho que tiene la mayor parte de la comunidad a reformar, cambiar o abolir “de la manera que juzgue más apropiada” el gobierno incompetente. Además, adopta la división de poderes de MONTESQUIEU. Con la Revolución francesa de 1789 llegó la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano que establecía, principalmente, que todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales ante

¹⁵¹ En la clásica introducción de J.W.GOUGH, al *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, encontramos la afirmativa de que la Declaración de Independencia, no obstante ter sido un producto peculiarmente americano, “hay pocas dudas de que deba su principal inspiración mucho más a las doctrinas de LOCKE que a los principios nativos de las colonias de la Nueva Inglaterra, que eran teocráticos e intolerantes. JEFFERSON fue de hecho acusado de ter copiado la *Declaración del Tratado sobre el Gobierno*, de LOCKE, y pese tenga negado terse referido a cualquier libro o panfleto para escribirla, no afirmó que sus ideas fuesen nuevas.” LOCKE, John, ob. cit., pág.39-40; Veer en “John Locke ou o individualismo Liberal”, capítulo II, pág. 29-50, del libro *História do Pensamento Político*, de JEAN-JACQUES CHEVALLIER, una amplia abordaje sobre el tema. Rio de Janeiro, ob. cit., Tomo II, Editora Guanabara, 1983, traducción de Alvaro Cabral del título original *Histoire de la pensé politique*, 1979.

los derechos; que la finalidad del que gobierna es proteger esos derechos que son “libertad, propiedad, seguridad”, etc. La Declaración de derechos humanos de 1948 ¹⁵², de clara inspiración en la Declaración francesa de 1789, resaltó el principio de la dignidad de la persona. La Declaración proyecta su luz sobre las constituciones de todo el mundo y, aunque esté compuesta tan solo por 30 artículos, constituye una síntesis del pensamiento jurídico más avanzado de la humanidad. Sus bases han sido decisivas para la construcción de un nuevo orden constitucional global. ¹⁵³

¹⁵² RES 217-A de 1948 – ONU Resolución 217-A (III), de 10 de diciembre de 1948.

¹⁵³ ...

1. Considerando que el reconocimiento de la dignidad intrínseca a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables constituye las bases de la libertad, de la justicia y de la paz del mundo;
 2. Considerando que el desconocimiento y el desprecio de los derechos del hombre han llevado a cometer actos de barbarie que sublevan la conciencia de la humanidad y que el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos sean libres de hablar y de creer, libres del terror y de la miseria, se ha proclamado como la más alta inspiración del hombre;
 3. Considerando que es esencial la protección de los derechos del hombre mediante un régimen de derecho para que el hombre no se vea obligado, en último recurso, a rebelarse contra la tiranía y la opresión;
 4. Considerando que es esencial alentar el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;
 5. Considerando que en la Carta Magna, los pueblos de las Naciones Unidas proclaman, nuevamente, su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona, en la igualdad de los derechos de los hombres y de las mujeres y se declaran decididos a favorecer el progreso social y a establecer mejores condiciones de vida dentro de una libertad más amplia;
 6. Considerando que los Estados miembros se han comprometido a promover, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y real de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales;
 7. Considerando que una concepción común de esos derechos y libertades es absolutamente indispensable para cumplir plenamente con ese compromiso.
- La Asamblea General proclama esta Declaración Universal de los Derechos Humanos como un ideal común a ser alcanzado por todos los pueblos y todas las naciones, a fin de que todos los individuos y todos los órganos de la sociedad, teniéndola continuamente en

1.2.1. Relativismo, disfunción económica y medio ambiente

A pesar de las solemnes declaraciones y tratados, no se puede creer que el tema de los derechos humanos se halle pacificado en el concierto de las naciones. Hay estados que discrepan de ese universalismo construido a partir del llamado derecho natural. Es el caso de China o de Irán, entre otros muchos países que se oponen al carácter universal de los derechos humanos.

Para esos países que aceptan el relativismo cultural, la noción de derechos humanos está estrechamente vinculada al sistema político, económico, cultural, social y moral vigente en una sociedad determinada. Desde esta perspectiva, cada cultura posee su propio discurso acerca de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta las circunstancias culturales e históricas particulares de cada sociedad. Los relativistas entienden, con exasperación, que el pluralismo cultural existente en el mundo impide la formación de una moral universal haciendo que haya que respetar las diferencias culturales propias de cada sociedad, así como su peculiar sistema moral.¹⁵⁴

su espíritu, se esfuercen, mediante la enseñanza y la educación, en desarrollar el respeto de esos derechos y libertades y en promover a través de medidas progresivas de carácter nacional e internacional su reconocimiento y su aplicación universal y efectivo, tanto entre las poblaciones de los propios Estados miembros como entre las de los territorios que se encuentren bajo su jurisdicción.

¹⁵⁴ “Todo ser humano tiene derecho a la cultura, incluido el derecho al disfrute y desarrollo de la vida e identidad culturales. Los derechos culturales, sin embargo, no son ilimitados. Existen limitaciones legítimas y sustanciales a prácticas culturales, incluso a

En resumen, el relativismo cultural sostiene que: (1) las reglas sobre la moral varían de un lugar a otro; (2) que la forma de comprender esa diversidad se apoya en el contexto cultural en el que se presenta; y (3) que las reivindicaciones morales derivan de un contexto cultural que es en sí mismo la fuente de su validez. Por eso afirman que no hay moral universal, ya que la historia del mundo es la historia de una pluralidad de culturas y, en ese sentido, buscar la universalidad es una versión imperialista de un intento de que los valores de una determinada cultura sean generales. Las culturas dan lugar a sus propios valores por lo que adoptar el universalismo en el ámbito de los derechos humanos, según esta perspectiva, destruiría la diversidad cultural que existe entre las naciones. Como ejemplo de este enfoque se puede citar la ablación y mutilación femenina por parte de muchas sociedades de tradición no occidental, como el islamismo o el hinduismo.¹⁵⁵

tradiciones bien afianzadas. Por ejemplo, ninguna cultura puede hoy día reclamar legítimamente el derecho a practicar la esclavitud. Algunos creen, equivocadamente, que los derechos humanos son relativos en lugar de universales en lo que concierne a la cultura. Este relativismo supondría una peligrosa amenaza para la efectividad del derecho internacional y para el sistema internacional de derechos humanos. La reclamación de la aceptación y la práctica del relativismo cultural no son creíbles. El relativismo cultural se utiliza como plataforma para obtener ventajas políticas o económicas, y no como un compromiso con los altos valores éticos y los ideales que la protección de los derechos humanos supone." - RAMIN JAHANBEGLOO, filósofo iraní, in "Derechos humanos y relativismo cultural" – Madrid, El País, 13-1-2010.

¹⁵⁵ RAMIN JAHANBEGLOO, por el contrario, enfatiza que "Sería un error sostener que los derechos humanos son una idea occidental. En realidad son la capacidad moral de la humanidad para proteger, bajo el imperio de la ley, las condiciones necesarias para la dignidad humana." - "Derechos humanos y relativismo cultural" – Madrid, El País, 13-12010.

Los universalistas, como reacción a esas posturas, alegan que el planteamiento relativista revela el esfuerzo por justificar casos graves de violación de derechos humanos que, apoyándose en el sofisticado argumento del relativismo cultural, quedarían inmunes al control de la comunidad internacional. En China, por ejemplo, cuando BILL CLINTON le planteó al dirigente JIANG ZEMIN cuestiones sobre los derechos humanos, éste respondió, rayando el tema, que para ellos lo “más importante es el derecho a la subsistencia y al desarrollo”. Esclarecedor, no en tanto, fueran los estudios del economista hindú AMARTYA SEN, Premio Nobel de Economía de 1998, que constataron la desaparición de 100 millones de mujeres en la India y en China. AMARTYA SEN llegó a esa conclusión después de analizar estudios demográficos que muestran un número más elevado de hombres que de mujeres, al contrario de lo que ocurre en la mayoría de las sociedades. Calculó, por tanto, cuántas mujeres estarían vivas si la proporción entre los dos sexos en esos países fuera semejante a la media normal. Llegó así a la aplastante conclusión de que hay 100 millones de mujeres desaparecidas, es decir, que no constan en las estadísticas.

¿Cómo se puede explicar ese fenómeno? Se explica en parte por el infanticidio y por el aborto, pero la mayor parte fue víctima de la discriminación: las niñas y mujeres reciben desde muy temprano menos comida y atención médica que los niños y los hombres. La desigualdad ha matado a esos millones de seres humanos. A esto es a lo que JIANG ZEMIN llama el

“derecho a la subsistencia y al desarrollo”, alegando a su favor el “relativismo cultural”. Es ese relativismo cultural el que justifica también ese genocidio, además de los actos racistas, el antisemitismo, la tortura, la ablación, la desaparición, la detención y prisión arbitrarias, todo en nombre de la diversidad o del respeto a las tradiciones culturales.¹⁵⁶

Ahora bien. Los derechos humanos consisten en el derecho de todos para todos. Esto es lo que ha venido predicando la ONU en esta fase de garantizar los derechos una vez superado el periodo de proclamación de esos derechos. La declaración de Viena, adoptada el día 25 de junio de 1993, dice que aunque haya que tener en cuenta el significado de las particularidades históricas, culturales y religiosas, es deber de los Estados, independientemente de su sistema político, económico y cultural, promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esto quiere decir que ya no se puede ser testigo pasivo de actos de tortura, de desaparición, de detención y prisión arbitraria, de racismo, de antisemitismo, de represión hacia sindicatos e iglesias, de la

¹⁵⁶ “Frente al reducto matriarcal del lago Lugu, la realidad de cientos de millones de mujeres asiáticas es aún hoy un verdadero drama. La de las chinas en concreto es todavía peor. Según cálculos de la ONU, basados en las estimaciones de AMARTYA SEN, premio Nobel de Economía, hay más de cien millones de mujeres desaparecidas. Dicho de otro modo, en Asia, de respetarse las reglas naturales de nacimientos por sexo tendría que haber cien millones de mujeres más de las que hay y la única explicación posible a este fenómeno es que en Asia se practica el aborto selectivo cuando no el infanticidio de las niñas. La proporción habitual entre hombres y mujeres en el resto del mundo es de entre 102 y 106 mujeres por cada cien hombres. En China y Asia Meridional es de 94 mujeres por cada cien. En China, donde al principio de los años 80 se instituyó la política de un sólo hijo por pareja, la selección en razón del sexo es todavía más preocupante: nacen 120 niños por cada 100 niñas.” - El País, Madrid, 31 de enero de 1999.

miseria, del analfabetismo y la enfermedad, en nombre de la diversidad o del respeto a las tradiciones culturales. ¹⁵⁷¹⁵⁸

El concepto de alcance ilimitado de los derechos humanos significa que la totalidad de los derechos fundamentales solo puede lograrse mediante la observancia de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos sociales, económicos y culturales, pues de otro modo no se puede hablar de igualdad de oportunidades y, por consiguiente, no se puede hablar de libertad. ¿Y cuánta gente sigue todavía sin gozar de los derechos más elementales, de los que son fundamentales, como los derechos económicos, sociales y culturales? Bien hechas las cuentas, 2/3 de la población de la Tierra viven bajo

¹⁵⁷ De hecho, el universalismo coincide con lo plasmado en la Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993, la cual ha contribuido a la confirmación de dos características esenciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; estos son, su universalidad e indivisibilidad: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales".

¹⁵⁸ Agencias de Naciones Unidas, ONG y expertos coinciden en que "además de una grave violación de los derechos humanos" la ablación "produce importantes daños en la salud de la mujer", que puede sufrir infecciones e incluso morir como consecuencia de la extirpación. A todo ello hay que añadir el mayor riesgo de contraer el sida y otras enfermedades de transmisión sexual, de sufrir complicaciones durante el parto y de desarrollar infecciones de orina y otras dolencias", agregó la directora de Planificación y Cooperación de Unicef, CARMEN MOLINA. Con todo, esta práctica aún es frecuente en un total de 28 países, en su mayoría africanos, "aunque la situación es desigual". Según MOLINA, en Benin, Burkina Faso, República Centroafricana, Etiopía, Kenia, Nigeria, Tanzania y Yemen se "han conseguido grandes avances", mientras que "apenas ha habido progreso y la situación permanece igual que hace décadas en Costa de Marfil, Egipto, Guinea, Mali, Mauritania, Níger y Sudán". - www.diarosigloxxi.com, domingo, 6 de febrero de 2011.

un régimen totalitario¹⁵⁹ con una democracia de pura fachada, es decir, sin libertad y sin que se respeten los derechos políticos; más de 1 billón de personas, de la población mundial, pasa hambre y vive en condiciones de extrema pobreza, con las terribles consecuencias derivadas de ello y, el 30% de toda la población mundial en edad económicamente activa está en paro.

RAMOS-HORTA, Premio Nobel de la Paz de 1996, revela que 150 millones de personas han sido asesinadas en el siglo XX en el mundo víctimas de la violencia política. Por todo ello, el siglo XX ha dejado una trágica huella: nunca antes del siglo pasado se había producido un avance tan grande en la ciencia y la tecnología al mismo tiempo que, paradójicamente, se diera tanta destrucción y crueldad. Y el nuevo siglo, ¿qué perspectivas se presentan respecto a los derechos sociales? De este modo, los actuales retos de las entidades vinculadas a los derechos humanos son los problemas ambientales, la disfunción de la economía y la pobreza, ya que no se les prestó atención en el texto de 1948 de la Declaración Universal, según STÉPHANE HESSEL, que participó en la fundación de las Naciones Unidas y en la redacción del texto original.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Sobre las diversas fórmulas de totalitarismo ver la obra de HANNAH ARENDT *Origens do Totalitarismo*, especialmente el capítulo "Ideología e terror: uma nova forma de governo", pág. 512-531. São Paulo, Companhia das Letras, 2000, 4ª reimpresión, traducción de Roberto Raposo, del título original *The origins of totalitarianism*.

¹⁶⁰ STÉPHANE FRÉDÉRIC HESSEL, nacido en Berlín en 20 de octubre de 1917, fue uno de los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Es un diplomático, escritor, y militante político francés. Fue miembro de la "Francia Libre"

Recordamos nuevamente al economista AMARTYA SEN,¹⁶¹ según el cual todo individuo tiene derecho a esperar de la sociedad la oportunidad de lograr cosas que se le presentan como los valores más elementales, como por ejemplo evitar la mortalidad prematura, prevenir las enfermedades, tener una vivienda, ropa y comida; y eso se extiende a realizaciones más complejas como formar parte de la comunidad, vivir una existencia estimulante y feliz, gozar del respeto ajeno y a uno mismo. La desigualdad y la pobreza deben evaluarse basándose en el acceso a esos valores y no tomando como base las comparaciones de la renta per cápita. El deterioro de las condiciones de vida de la población pone en peligro incluso las conquistas en el campo de los derechos civiles y políticos, lo cual sería un retroceso ignominioso. Los derechos sociales, por lo tanto, no se pueden obviar. Además, la Proclamación de Teherán de 1968 ya había declarado que al ser inseparables los derechos humanos y las libertades fundamentales, no se puede dar la realización plena de los derechos civiles y políticos sin gozar al mismo tiempo de los derechos económicos, sociales y culturales.

durante la Segunda Guerra Mundial, y debido también a su origen judío, capturado y torturado por la Gestapo, y recluso de los campos de concentración de Buchenwald y Dora-Mittelbau. Su libro, ¡Indignaos! de gran popularidad durante las navidades del 2010 en Francia, bajo el título Indignez-vous, ha sido traducido al español y publicado por la Editorial Destino, con prólogo de José Luis Sampedro. Las protestas de España y Francia que han tenido lugar en el año 2011, así como los movimientos "¡Democracia Real YA!" y "Movimiento de indignados 15-M", han sido relacionadas con este libro y las ideas planteadas en él. Debido a ello se conoce a los manifestantes de estas protestas como "indignados". - www.tendencias21.net

¹⁶¹ SEN, Amartya Kumar, *in Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2000, trad. Laura Teixeira Motta, 2000, del título original *Development as freedom*.

1.2.2. El reconocimiento del otro y de su dignidad

Hemos visto en apretada síntesis que los derechos sociales han realizado un largo recorrido histórico hasta la obtención del estatus de auténticos derechos, pero no siempre han sido reconocidos como derechos exigibles, lo que ha supuesto una de las cuestiones puntuales de los debates académicos en el ámbito del constitucionalismo. Ese hecho hace que muchos autores cuestionen si esos derechos pueden ser considerados como tales pues no es posible tener en el ordenamiento jurídico derechos que no se puedan reivindicar ante los tribunales. Además, a pesar de todo el esfuerzo doctrinario que se ha hecho hasta hoy, muchos consideran que los derechos sociales están fuera del ámbito de los derechos fundamentales, es decir, de la condición de derechos exigibles, aunque en una situación límite, y por ello mismo cuestionable, como vamos a ver más adelante. Sin embargo, la totalidad del sistema de los derechos fundamentales gira alrededor de los derechos económicos, sociales y culturales, por un lado, y de las libertades públicas, por otro, en las constituciones democráticas posteriores a la de WEIMAR.¹⁶²

Es importante aclarar, incluso a día de hoy, que en la génesis de los derechos sociales está el reconocimiento del

¹⁶² PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid, editorial Tecnos, 2004, 8ª edición, pág.183.

otro, de su dignidad y de la igualdad del género humano.¹⁶³ Esa idea de amistad, de amor y de unidad del género humano más allá de una “ética de la generosidad”, está ya presente en el pensamiento clásico y va a fructificar en la Ilustración con el nacimiento de los derechos humanos clásicos; también como reacción a las posiciones antisolidarias de los fisiócratas va a aparecer con la idea básica de la protección social. En el siglo XIX las formulaciones liberales dan un paso más adelante y la lucha por alcanzar el sufragio universal y el derecho de asociación va a permitir las fases posteriores del desarrollo de los derechos sociales.

Indudablemente el Siglo de las Luces asiste a la aparición de la concepción clásica de los derechos humanos además de las primeras, pero limitadas, formulaciones de los derechos sociales. Este es también el momento histórico que rechaza paradójicamente la inclusión de los derechos sociales entre los derechos fundamentales.¹⁶⁴ Es que la burguesía que abogaba por los derechos individuales y civiles era la misma burguesía que rechazaba, *grosso modo*, los derechos sociales. Los derechos individuales y civiles eran derechos típicos de los propietarios, de los que tenían posesiones, dentro de una concepción lockeana, mientras que los derechos sociales tendrían que extender sus protecciones y beneficios a todos los

¹⁶³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*. Madrid: Editorial Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, pág.7.

¹⁶⁴ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, ob. cit., pág. 16.

hombres, siguiendo la línea de pensamiento rousseauniano, hecho que provocaba en muchos un cierto recelo. Pero los derechos sociales, en el correcto análisis de Gregorio PecesBarba, uno de los siete padres de la Constitución española,¹⁶⁵ “no serán solo un remedio para la satisfacción de necesidades básicas, serán también un instrumento imprescindible para convertir en real esa aprensión generalizadora, y para que todos puedan gozar de hecho de los derechos individuales y civiles y participar, en igualdad de condiciones, en los derechos políticos”.

1.2.3. Derechos sociales: “libertad moral” y “libertad de hecho”

Hay que recordar, en la estela de diversos autores, que el resurgimiento de los derechos sociales empezó con el desarrollo de la educación primaria pública, pero que hubo que esperar hasta el siglo XX para que alcanzaran un nivel de igualdad con los otros elementos de la ciudadanía. MARSHALL¹⁶⁶ fue uno de los primeros teóricos en desarrollar la idea de que al lado de los derechos civiles y políticos sería imprescindible el disfrute de los derechos sociales, base de la ciudadanía. Conceptuó el elemento social como referente a

¹⁶⁵ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, ob. cit., pág. 17. Ese filósofo y constitucionalista español fue hacedor directo del Título Preliminar y del conjunto de la parte dogmática de la Constitución, con los derechos fundamentales como núcleo duro, conf. José Manuel Rodríguez-Uribes in *El País*, ed. de 24.7.2012.

¹⁶⁶ MARSHAL, Theodore in *Ciudadanía e Clase Social*, al referirse a la obra de Alfred Marshal, Rio: Zahar, 1967.

todo derecho a un mínimo bienestar económico y a la seguridad, hasta al derecho de participar por entero en la herencia social y a llevar la vida de un ser civilizado de acuerdo con los estándares que prevalecen en la sociedad. Antes que él, ROUSSEAU¹⁶⁷ había subrayado la importancia de lo que llamó la “libertad moral”, esto es, la igualdad básica de posición y prestigio moral y civil seguida de una igualdad básica en provisiones materiales, lo suficiente para garantizar un medio de vida. KANT¹⁶⁸, siguiendo las doctrinas del filósofo de Ginebra, mantuvo que la igualdad garantizada por el estado y por el derecho, tanto como la libertad, es la igualdad de oportunidades, por la cual todos tendrían derecho a lo básico. En Alemania, a partir de la Revolución Francesa, se pasó a exigir que el gobierno hiciese valer no solo la justicia “formal” sino también la justicia “substantiva” o, en otras palabras, justicia “distributiva” o “social”. Para HAYEK¹⁶⁹, uno de los fundadores del neoliberalismo, esas ideas a finales del siglo XIX ya habían afectado profundamente a la doctrina jurídica. En efecto, ALEXY¹⁷⁰, mucho tiempo después, expuso un argumento primordial en favor de los derechos fundamentales sociales: la libertad, cuyo punto de partida se desdobra en dos tesis, la libertad jurídica y la libertad de hecho. Según él, la

¹⁶⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo, Editorial Abril Cultural, 1978, traducción de Lourival Gomes Machado, pág. 36.

¹⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília, UNB, 1997, traducción de Alfredo Fait, 4ª. edición.

¹⁶⁹ HAYEK, Friedrich August von. *Os fundamentos da liberdade*. Brasília: UNB, 1983, traducción de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 486.

libertad “jurídica” no tiene ningún valor para hacer u omitir algo sin la libertad “fática” (real) que es la libertad de elegir entre lo permitido, lo cual necesita de actividades e intervenciones estatales para su efectividad.

Después de la Carta de la ONU de 1948, con su conocido contenido declaratorio y a escala mundial, como respuesta a los horrores del nazismo y del fascismo, así como del estalinismo, se pensó en un sólo pacto internacional, con naturaleza obligatoria para los estados signatarios, destinado a integrar derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. Hubo divergencias entre los antiguos bloques mundiales “soviético” y “occidental”, liderados por la Unión Soviética y EE.UU. El primero defendía un solo pacto internacional; el segundo pretendía la celebración de pactos distintos con el argumento de que los derechos civiles y políticos serían de aplicación inmediata, mientras que los demás se realizarían progresivamente. Sin acuerdo previo ha prevalecido esta última posición, surgiendo en 1966 sistemas internacionales de protección con características propias, especialmente en cuanto a la adopción de mecanismos de verificación y control, como si las dos familias de derechos fundamentales no pudiesen estar simultáneamente aseguradas. En la acreditada opinión de MARTÍNEZ DE PISÓN¹⁷¹, estos dos tratados consagraban la escisión entre

¹⁷¹ MARTÍNEZ DE PISÓN, José. La efectividad de los derechos sociales: de las necesidades básicas al desarrollo humano *in Derechos fundamentales, movimientos sociales y participación*. Madrid: Edit. Dykinson, S.L., 2003, pág. 142.

estas categorías que incluso se plasmó en la retórica, en la titularidad, en las obligaciones derivadas de cada Pacto.

Dos años después de la adopción de los Pactos Internacionales en la Conferencia Mundial, realizada en Teherán en 1968, se firmó el carácter indivisible y la interdependencia de los derechos humanos estableciendo que “como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales se vuelve imposible.” Para reforzar esta posición, el art.6 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo aprobada por la Asamblea General el 4 de diciembre de 1986 dispone que “todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”.

En 1993, en Viena, la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos reiteró esa idea, consolidada en el ítem quinto, parte primera, de su Declaración y Programa de Acción: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados.” El artículo 5 afirma, por otro lado, que:

Las particularidades nacionales y regionales deben ser tenidas en consideración, así como los diversos contextos históricos, culturales y religiosos, pero es deber de los

Estados promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales.

En ese punto se observa que la dicotomía verificada en la comparación de los respectivos artículos 2º de los dos pactos – normas autoejecutables y de implantación progresiva– no debe entenderse como dualista (mutuamente excluyente), sino pluralista, que procura clasificar y combinar realidades complejas y distintas, según destaca WEIS ¹⁷² . Ese reconocimiento, en cierta medida, también lo realiza PIOVESAN ¹⁷³ , para quien los derechos sociales están condicionados a la actuación del Estado, como es evidente, el cual debe adoptar medidas económicas y técnicas, aisladamente y a través de la asistencia y cooperación internacionales, hasta el máximo de sus recursos disponibles, con el objetivo de alcanzar progresivamente la completa realización de los derechos previstos por el Pacto (art. 2º, § 1º).¹⁷⁴

¹⁷² WEIS, Carlos. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *in Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*. São Paulo, Revista del Centro de Estudios del Gobierno del Estado de São Paulo, 1998, pág. 291-317

¹⁷³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo, Editora Max Limonad, 2ª edição, 1997, pág.194.

¹⁷⁴ Para una visión más completa de los derechos sociales en el ámbito del Tratado Constitucional de la Unión Europea, véanse las obras: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, de ÁNGEL G. CHUECA SANCHO, Barcelona, Editorial Bosch, 2ª edición 1999; *Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo*, de ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA, Madrid, Editorial Dykinson, 2006; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, de PETER HÄBERLE, Madrid, Editorial Dykinson, 2004; *Derechos Humanos*, de AGUSTÍN GORDILLO y otros, Buenos Aires, *Fundación de Derecho Administrativo*, 2007, 6ª edición; *Escritos sobre derecho europeo de los*

Por lo tanto, aunque los tratados internacionales y las construcciones jurídicas que se realizaron durante este período propiciaron el desarrollo de los derechos sociales – con *libertad* y *justicia social*, como defendía KEYNES¹⁷⁵, contraponiéndose, así al autoajustamiento prometido por la “mano invisible del mercado”, éste continúa siendo el gran desafío de las democracias. WILLIAM BEVERIDGE¹⁷⁶ recordó en cierto momento a Churchill, en uno de sus relatos, que “Libertad también quiere decir ser libre de la miseria”.¹⁷⁷ Conviene apuntar que SINGER¹⁷⁸ afirma que el Plan Beveridge ha inspirado la construcción del moderno estado del bienestar en numerosos países, lo que hubiera permitido, de hecho, considerar los derechos sociales como parte de los derechos humanos. Interpretando las aspiraciones de la ONU, KOFI A.

derechos sociales, de LUIS JIMENA QUESADA y otros, Valencia, Edición de Tirant lo Blanch, 2004; *Del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales a los objetivos del milenio*, de ENRIC R. BARTLETT y M^a DOLORES BARDAJÍ, Barcelona, Bosch Editor, 2007; *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, de ANTÓNIO GOUCHA SOARES, Coimbra, Coimbra Editora, 2002; *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, de ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Navarra, Editorial Aranzadi, 2006, especial referencia al capítulo X, “La positividad de los derechos sociales”, pág. 289-311.

¹⁷⁵ KEYNES, John M. *Teoria geral do emprego, do juro e do dinheiro*. São Paulo, Abril Cultural, 1983.

¹⁷⁶ El “Plano Beveridge”, de 1942, impulsó la expresión Welfare State y sirvió de base para construir el sistema británico de garantías sociales. Fue el primer documento – según PIERRE ROSANVALLON – que expresó los grandes principios de constitución del Estado-providencia moderno- Ob. cit., pág.27

¹⁷⁷ VALLE, Alvaro. *O Liberalismo Social*. Rio de Janeiro, publicación del Partido Liberal brasileño, 1988, pág.28; BEVERIDGE, William, *in O Plano Beveridge com um estudo do Prof. Marques Guedes*. Lisboa: Editorial Século. Según el Plan, había cinco grandes males a atacar dentro de un programa general de política social: la miseria física, la enfermedad, la ignorancia, la sordidez y la ociosidad (pág.335).

¹⁷⁸ SINGER, Paul. *A cidadania para todos, in História da Cidadania*. São Paulo, Editora Contexto, 2003, org. Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinsky, pág. 248.

ANNAN llamó la atención sobre los derechos económicos, sociales y culturales y puso de relieve que el analfabetismo en masa y la pobreza son cuestiones de derechos humanos tan importantes como la libertad de expresión, y que no considerar los primeros ítems es tan grave como negar lo último.¹⁷⁹ CANÇADO TRINDADE reconoce que la voluntad del poder público de promover y asegurar la protección de los más débiles solo se manifiesta con vigor en el seno de sociedades nacionales imbuidas de un fuerte sentimiento de solidaridad humana. Con justa preocupación vislumbra en el actual cuadro de deterioro de las condiciones de vida de la población, que aflige hoy a tantos países, una amenaza incluso para las conquistas recientes en el campo de los derechos civiles y políticos.¹⁸⁰ Más recientemente, AMARTYA SEN ha defendido la tesis de que el desarrollo exige la eliminación de las principales fuentes de privación de libertad, como la pobreza, la falta de oportunidades económicas y la destitución social sistemática, negligencia de los servicios públicos e intolerancia o interferencia excesiva de Estados opresivos.¹⁸¹ MARTÍNEZ DE PISÓN, al reflexionar acerca de la influencia de las ideologías sobre los derechos sociales, afirma que el neoliberalismo inspira las líneas maestras de la dirección política en los países más desarrollados y que el ataque a los

¹⁷⁹ ANNAN, Kofi A. Prólogo del libro *Direitos Humanos: conquistas e desafios*.

Coordinación de Reginaldo Oscar de Castro. Brasília: Editora Letraviva, 1999, pág. 9.

¹⁸⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1998, pág.135.

¹⁸¹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2000, traducción de Laura Teixeira Motta, pág.18.

derechos sociales ha sido feroz: desmantelamiento del Estado social, reducción o supresión de las políticas sociales, privatización de servicios sociales, etc., resultando en un aumento de las desigualdades sociales y económicas con más pobreza, marginación y exclusión.¹⁸² Por ello, con razón BOBBIO, en una dura crítica hacia los reaccionarios de todos los cuadrantes, dice que la principal oposición a los derechos sociales no es apuntar la falta de su fundamento, sino invocar su no exigibilidad.¹⁸³ Lo cierto es que la dualización de los derechos tiene consecuencias negativas pues los textos constitucionales aprobados desde el final de la Segunda Guerra Mundial tienen esta visión escindida al considerar solo como derechos los civiles y políticos reservando a los derechos sociales un lugar secundario a pesar de las solemnes declaraciones posteriores.¹⁸⁴ No obstante, la doctrina trabaja para conseguir la inclusión de estos derechos en el catálogo de los derechos fundamentales, dándoles así efectividad, aunque sea una de las tareas más arduas y difíciles. En este trabajo, vamos a intentar demostrar que el poder judicial tiene una función política de estado que es indeclinable en la interpretación y en la garantía judicial de los derechos sociales para darle así categoría de auténticos derechos. Por último, haremos un breve estudio con relación a la efectividad de los

¹⁸² MARTINEZ DE PISÓN, José. "La efectividad de los derechos sociales: de las necesidades básicas al desarrollo humano" in *Derechos fundamentales, movimientos sociales y participación*. Madrid, Editorial Dykinson, 2003, pág. 136.

¹⁸³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Editora Campus, traducción de Carlos Nelson Coutinho, 2002, pág. 24.

¹⁸⁴ MARTÍNEZ DE PISÓN, ob. cit., pág.143.

derechos sociales en las cárceles de Brasil, especialmente en el Estado del Maranhão.

1.3. Las crisis económicas y su impacto en las políticas sociales

Teniendo en cuenta el PIB por habitante, la productividad y los salarios reales, los países desarrollados han experimentado un gran progreso económico desde que se inició la era de la industrialización. Pero este progreso no ha sido siempre un proceso lineal sino que, por el contrario, se ha producido con cierta periodicidad la aparición de crisis económicas y cada vez que ha ocurrido esto los derechos sociales han sido puestos en jaque. Los compendios económicos suelen decir que la economía avanza de un modo cíclico y las fluctuaciones y las crisis son un componente de su evolución. “La diferencia de las crisis de la época de la industrialización frente a otras anteriores” –explica CARLOS BERZOSA¹⁸⁵– “es que entonces las crisis estaban muy ligadas a la evolución de las cosechas agrarias y a las catástrofes naturales, mientras que en la era contemporánea se producen como resultado de malos funcionamientos y desajustes que tienen lugar en la economía.” Uno de los autores más expresivos de los ciclos económicos fue SCHUMPETER (1883-1950), para quien en la dinámica económica se producían fluctuaciones cíclicas que analizó siguiendo a los

¹⁸⁵ BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, Carlos. *Los desafíos de la economía mundial en el siglo XXI*. España, 2002, Nivola libros y ediciones, págs. 73-74.

autores que habían hecho aportaciones en este terreno.¹⁸⁶ CARLOS BERZOSA, no obstante, entiende que la teoría de los ciclos tiene junto a sus aciertos un inconveniente: es que resulta muy mecánica dando la impresión de que se haga lo que se haga, la economía está sujeta a las fluctuaciones, despreciando así la acción de los gobernantes, al igual que la de los dirigentes empresariales y la de los trabajadores. Desde su punto de vista, las recesiones se siguen dando,

“(...) pero no lo hacen de una forma mecánica como si de un reloj se tratara, sino que están determinadas por un conjunto de factores en donde la acción de los hombres es importante, tanto si se producen como si no, pues su aparición no es algo inevitable, ni su duración, ni los efectos y daños que puedan ocasionar.”

Las recesiones que tienen lugar a partir de 1973, año que los economistas toman como referencia para el final de la “época dorada de posguerra”, provocan una mayor tasa de desempleo y aportan algunos datos de relieve para los estudios de economía política. En resumen, la enumeración de CARLOS BERZOSA sigue el siguiente orden: a) se cuestiona la intervención keynesiana y se procede a tomar medidas para liberalizar las economías, se flexibiliza el mercado laboral; b) se procede a una reestructuración productiva, fomentando la subcontratación para abaratar los costes fijos; c) se intensifica

¹⁸⁶ SCHUMPETER, Josep, *in Business Cycles*, 1939, *apud* Carlos BERZOSA, obra citada, pág. 74.

el avance tecnológico modificando en parte la producción, la distribución, el almacenamiento y el diseño de la actividad productiva; d) se refuerza el poder de las finanzas internacionales, que adquieren más protagonismo que la inversión productiva; y por fin, e) como resultado de este conjunto de factores, tiene lugar la llamada globalización.¹⁸⁷

La verdad es que las políticas económicas pueden ayudar con su acción a aliviar el ciclo recesivo, o pueden hacer empeorar las cosas. Las fluctuaciones existen –es un hecho económico– pero hay que matizar en lo que concierne a su carácter, a su aparición y a su forma de manifestarse. Por otro lado, las razones por las que se producen son también, según CARLOS BERZOSA, “uno de los temas más controvertidos de la ciencia económica.¹⁸⁸ Lo cierto es que las crisis son el punto final de un ciclo expansivo y adquieren un carácter estructural que hay que distinguir con respecto a las recesiones más leves y suaves que se dan dentro de un ciclo largo.

El nuevo período económico, sobre todo desde los años ochenta, se caracteriza por una mayor flexibilidad de los mercados laborales (contratos temporales y a tiempo parcial, recortes de las indemnizaciones por despido y las prestaciones del seguro de desempleo y sobreexplotación de los inmigrantes) y de los procesos de fabricación (mayor subcontratación y producción a tiempo justo), liberalización de los mercados

¹⁸⁷ BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, Carlos, ob. cit., pág. 78.

¹⁸⁸ BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, Carlos, ob. cit., pág. 75.

internacionales de mercancías y capitales (mayor competencia internacional y más presencia de las multinacionales) y, sobre todo, desregulación del mercado financiero en un solo mercado mundial del dinero y del crédito.¹⁸⁹ Pero los economistas subrayan que la mayor flexibilización no ha acabado con las regulaciones estatales ni con todo lo que ha sido el estado del bienestar, del mismo modo que tampoco la producción flexible ha sustituido totalmente a las formas de producción más rígidas. Todavía lo más significativo de los cambios es que han apoyado una tendencia a favor del capital y en contra del trabajo asalariado, lo que da como resultado una mayor concentración económica y, como consecuencia, el aumento de la desigualdad en los países ricos. La economía, de esta manera, se ha hecho más inestable y la incertidumbre se instala entre las personas como reflejo del elevado desempleo y de las condiciones actuales del trabajo. En la segunda mitad de los años noventa la economía recibe un nuevo impulso con la auspiciosa fase de las innovaciones y de las nuevas tecnologías, pero la recesión de comienzos de siglo ha vuelto a poner de manifiesto la vulnerabilidad de la economía golpeando una vez más al empleo. Estos tiempos de cambios afectan sin duda a lo que ha sido el modelo de intervención del

¹⁸⁹ Un amplio abordaje sobre el tema está *in Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*, organización de EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JUNIOR y ALEXANDRE RAMOS. Curitiba, Editora IBEJ, 1998, diversos autores.

estado en la economía de la posguerra y consecuentemente al estado del bienestar.¹⁹⁰

Los efectos de la crisis en Brasil, por ejemplo, aunque matizados por políticas sociales compensatorias, tuvieron un gran impacto en la economía y en la manera de enfrentarse a ella. Así, los hechos de la economía real superaron la retórica optimista inicial de las autoridades monetarias del gobierno brasileño; poco a poco se descubrió que el estruendo provocado por la mala aplicación de los recursos que circulaban por el mercado financiero y especulativo de hipotecas inmobiliarias no era un problema solo de GEORGE W. BUSH y de los americanos, puesto que sus efectos devastadores, como ya se preveía, se extenderían por los cuatro puntos cardinales del planeta, con mayor o menor intensidad, según las especificidades, el grado de involucramiento y la capacidad de resistencia de cada mercado.¹⁹¹

La crisis de los mercados globales cuyo epicentro fue una excesiva concentración de inversiones en activo inmobiliario, con apuestas de alto riesgo en una creciente expansión y

¹⁹⁰ GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Lisboa, Editorial Presença, 4ª edición, 2002, traducción de Saul Barata, del título original *Runaway World*.

¹⁹¹ En relación a la política desarrollada por Brasil en la última década, hay una importante publicación de la Universidad de Extremadura bajo el título *Brasil y la economía social de mercado*, en especial dos de sus capítulos: "El laberinto de lo social: el gobierno de Lula en el contexto de la evolución política y económica de Brasil en los últimos años", de ANDRÉ URANI, y "Perspectivas de la Social Democracia en Brasil", de CARLOS MOREIRA GARCÍA. Cáceres, Universidad de Extremadura, 2005, editores EMILIO FONTELA y JOAQUÍN GUZMÁN CUEVAS.

valorización de la actividad, que al final no se produjo, pone de manifiesto los errores cometidos por las instituciones financieras que actuaron de manera temeraria, al límite de la irresponsabilidad total, y el fallo del gobierno al permitir las malas acciones y no castigarlas convenientemente¹⁹². La banca de Brasil, una de las más lucrativas del mundo, se acostumbró a ganar mucho dinero, con un margen de riesgo muy bajo, haciendo préstamos masivos al gobierno mediante la compra de bonos del tesoro. En realidad la actuación de la banca deja mucho que desear en cuanto a las actividades económicas productivas. La situación, de este modo, es distinta de la de los bancos americanos, pero no por ello somos inmunes a la crisis que en alguna que otra ocasión se instaura en la patria mundial del capitalismo. Así, las medidas adoptadas por el Banco Central brasileño sirvieron para reforzar el tesoro de los bancos mientras que distintos sectores productores de la economía seguían padeciendo los efectos de la crisis.

A partir de ahí surge de nuevo la cuestión relacionada con la intervención del estado en la economía, su grado de intervencionismo y su legitimidad para operar en un sistema cuya enseñanza clásica, ya comprobada a lo largo de la historia, indica que funciona mejor cuanto más lejos estén las intromisiones estatales. En este panorama no han faltado las voces nostálgicas de quienes predicán el regreso de la economía estatista; algunos incluso hablan del “fin del

¹⁹² Ver la opinión del economista americano ROBERT J. SHILLER – São Paulo, Revista Veja, 15.10.2008, pág. 118.

capitalismo”, “fracaso de la democracia liberal” y otras estulticias lanzadas ahora por los sistemas dictatoriales de todos los matices, incluso por las supuestas repúblicas islámicas, igualmente tiránicas y repugnantes.¹⁹³

Una de las funciones principales del Estado es garantizar a los ciudadanos sus derechos fundamentales, valores que han sido paulatinamente conquistados por la humanidad e históricamente registrados en las constituciones democráticas. Por lo tanto, impedir la quiebra del sistema financiero y adoptar medidas que protejan la actividad económica y, en sentido más amplio, la preservación de la propia organización social democrática, justifican las medidas intervencionistas, aunque sean excepcionales.¹⁹⁴

Conforme ya expusimos en notas anteriores, el programa de gobierno denominado New Deal que adoptó ROOSEVELT en 1932 ha sido un tema recurrente en casi todas las materias que abordan la actual convulsión americana del sector económico. En aquella época se trataba de una política de marcado carácter intervencionista que pretendía superar la inestabilidad social y ayudar a millones de desempleados. Esa situación sirvió para poner de manifiesto ante el mundo las deficiencias del *laissez faire*. Hasta ese momento prevalecía el

¹⁹³ Un buen análisis del sistema capitalista global puede ser leído en *A Crise do Capitalismo – as ameaças aos valores democráticos*, de GEORGE SOROS, Rio de Janeiro, Editora Campus, 1999, 3ª edición, traducción de Afonso Celso da Cunha Serra, del título original *The Crisis of Global Capitalism*, 1998.

¹⁹⁴ Ver, entre otros, *Teoria do Estado Contemporâneo*, organización de PAULO FERREIRA DA CUNHA, Lisboa/São Paulo, Editorial Verbo, 2003.

dogma de la no intervención iniciado por ADAM SMITH en 1776, con su obra clásica de economía política, para quien el Estado debería permanecer lejos del mercado. Éste se regula mediante la especialización de cada uno, mediante el lucro y el egoísmo, jamás por principios humanitarios. El Estado, siendo improductivo, tan solo debe garantizar el funcionamiento libre del mercado.

Todavía no se sabe si la situación actual, por sus defectos, mantiene las mismas proporciones, pero entre 1920 y 1936 la situación coyuntural de la economía de los principales países capitalistas era de recesión –dándose incluso depresión– con un elevado índice de desempleo de la mano de obra y de factores productivos, produciéndose además un vertiginoso declive de la renta nacional. KEYNES¹⁹⁵ a partir de sus análisis macroeconómicos estableció el principio según el cual no existen fuerzas de autoajuste en la economía, permitiendo, de este modo, justificar el desarrollo de una política económica estatal. De hecho, la coacción estatal no es el único obstáculo para la libertad, pues las barreras económicas y sociales también lo son, lo que convierte en legítimo acudir a la acción del estado para eliminarlas, según el punto de vista social liberal. De acuerdo con otra corriente del liberalismo, la de los neoliberales, el poder público debe permitir el mecanismo libre de precios mediante la libre competencia, circunstancia que

¹⁹⁵ KEYNES, John Maynard, *in La teoría general*, 1936.

sería impensable para que la economía funcione adecuadamente.

El economista brasileño ROBERTO CAMPOS¹⁹⁶, un liberal libre de toda sospecha, decía que es un error –o mala fe– mantener que los neoliberales creen que el mercado es un criterio supremo de distribución de los bienes de este mundo y el camino de la perfección, opinión que razona del siguiente modo:

“La esencia del proyecto liberal siempre fue, y sigue siendo, la maximización de la libertad individual, sin confundir la economía de mercado con el paraíso terrenal. Heredero del humanismo y de la tradición religiosa occidental, acepta los deberes fundamentales de la humanidad y solidaridad respecto a los que no pueden defenderse o que fueron alcanzados por la desgracia.”

La constitución brasileña elimina toda posibilidad de regresar a una economía estatista, que pasó a ser una excepción, según consta en el artículo 173: “A excepción de los casos contemplados en esta Constitución, solo se permitirá la explotación directa de la actividad económica por parte del Estado cuando sea necesaria conforme a las exigencias de la seguridad nacional o al interés colectivo relevante, según

¹⁹⁶ CAMPOS, Roberto. “Menos estado e mais mercado”. Artículo publicado na Folha de São Paulo, 1996.

establece la ley”.¹⁹⁷ Así pues, la intervención en el mercado para proteger los principios y fundamentos del sistema económico capitalista, siempre será circunstancial y estará plenamente justificada, no pudiendo confundir esa intervención con la estatización de las actividades económicas, como pretenden o desean de mala fe los sistemas totalitarios. Hay que destacar que el papel del estado brasileño en el ámbito económico tiene sus contornos perfilados por el artículo 174 de la constitución: “Como agente normativo y regulador de la actividad económica, el estado ejercerá, conforme a la ley, las funciones de fiscalización, incentivo y planeamiento, siendo éste determinante para el sector público e indicativo para el sector privado”.

En España, el artículo 131 de la Constitución se integra en lo que se ha denominado Constitución Económica. Observase que en las Constituciones europeas posteriores a la II Guerra Mundial, a diferencia de los textos liberales del siglo XIX que dejaban la economía a la mano invisible de ADAM SMITH, se considera la economía como una de las materias propias del texto constitucional, incluyéndose así, en sus normas, un conjunto de preceptos destinados a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica. Considerase pues este artículo 131, junto con el 128, “quizá el de mayor calado del Título VII de la Constitución desde el punto de vista de la

¹⁹⁷ Véanse, entre otros, ROBERTO GRAU, Eros. *A orden económica na Constituição de 1988*. Sao Paulo, Malheiros Editores, 2ª impresión, 1998.

configuración de la economía, y por ello uno de los que más polémica ha suscitado.” En el resumen de MÓNICA MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ a la S.T.C 29/1986, se lee que:

“El debate constitucional de este precepto puso de manifiesto posiciones ideológicas enfrentadas, cuyo consenso precisó con claridad que la planificación económica sancionada era meramente opcional. Sus determinaciones deben ser compatibles con la libertad de empresa (art. 38), al estilo de la llamada planificación indicativa, si bien se consideró que no era necesario sancionar esta calificación de modo expreso. Además la reserva de ley llama la atención sobre la consideración de la planificación como una decisión política del máximo rango, reservada al Parlamento y no exclusivamente al Ejecutivo.”¹⁹⁸

¹⁹⁸ En respecto de lo expuesto en la S.T.C. 29/1986 y otras relacionadas al artículo 131 de la C.E., léase en uno de los enunciados de la sinopsis realizada en Diciembre 2003 por MÓNICA MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, Letrada de las Cortes Generales, y actualizada por VICENTE MORET, Letrado de las Cortes Generales, en Junio 2011, lo siguiente: “El Tribunal Constitucional ha tenido que afrontar en diversas ocasiones la problemática del alcance de la facultad de planificación de las Comunidades Autónomas y, en especial, el tema de la coordinación con la propia planificación del Estado. Las Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de enero de 1983, 144/85 de 25 de octubre y de 29/1986, de 20 de febrero, entre otras, se pueden resumir en la Sentencia 177/1990, de 15 de noviembre, en materia de reconversión naval, que reitera que “por un lado corresponde al Estado la ordenación de la actuación económica en general, lo cual presupone la ordenación de la actuación económica de todos los sectores y del propio Estado en relación con ellos, aunque esta actuación del Estado no puede vaciar las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en materia de planificación, ahora bien la vigencia del principio constitucional de unidad económica, proyección en dicha esfera del principio de unidad del Estado (art. 2º C.E. y S.T.C. 1/1982, F.J. 1) del que se deduce la exigencia de que el orden económico sea uno en todo el Estado, obliga a entender que cuando para conseguir los objetivos de la política económica nacional sea

Como señala MARTÍN RETORTILLO,¹⁹⁹ el concepto de planificación “ha sido un concepto muy debatido por reflejar ideologías encontradas, y desde la óptica del constitucionalismo, se ha visto continuamente envuelto en un ambiente de polémica y confrontación ideológica por su incidencia en cuestiones cruciales del orden constitucional, sobre todo en las opciones de predominio del Ejecutivo sobre el Parlamento, y libertad económica frente a regulación.” FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ subraya, todavía, que lo cierto es que a raíz de las crisis económicas de los años setenta “se aprecia en todos los países una falta de confianza en las macrorregulaciones de la economía a cargo de los poderes públicos y una progresiva transferencia de nuevo al mercado de la regulación de la economía con el consiguiente desprestigio de la planificación económica.” Para la Letrada de Las Cortes Generales, son factores, todos ellos, “que pueden explicar que en nuestro país no se haya hecho uso de la opción constitucional del artículo 131 desde un punto de vista

preciso una acción unitaria en el conjunto del territorio estatal, en tal caso el Estado puede efectuar una planificación de detalle... A la luz de cuanto antecede, puede sostenerse, en suma, como conclusión de lo expuesto en la S.T.C. 29/1986 que las exigencias del artículo 149.1.13 de la Constitución, justifican la existencia de planes nacionales de reconversión industrial que regulen una planificación de detalle del sector, sin perjuicio que las Comunidades Autónomas que poseen competencias de desarrollo y ejecución de las planes estatales de reestructuración de sectores económicos, como ocurre con Galicia [art. 3.1.7.a) del E.A.G.], puedan establecer estas medidas planificadoras complementarias y coordinadas con las estatales.” - www.sinopiscongresso.es

¹⁹⁹ Conf. sinopsis realizada en Diciembre 2003 por MÓNICA MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, Letrada de las Cortes Generales, y actualizada por VICENTE MORET, Letrado de las Cortes Generales, en Junio 2011 – www.sinopiscongresso.es

general, pues sí se han dado, sin embargo, medidas de planificación sectoriales.”²⁰⁰

La reciente intervención americana en la economía se sitúa dentro de una perspectiva capitalista cuyo objetivo es corregir un tremendo defecto del sistema. En el caso de que ese

²⁰⁰ En España la planificación de la actividad económica es una posibilidad, conf. artículo 131.1. de la Constitución: “El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a 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.” En ese sentido la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización, y STC 29/1986, de 20 de febrero, recaída sobre dicha Ley. Véase en los dos últimos ítems del STC 29/1986:

“(…)

6. Se puede, en consecuencia, afirmar la competencia estatal para establecer los planes de reconversión industrial, así como los relativos a las Zonas de Urgente Reindustrialización, dado que la Comunidad no ha asumido competencia alguna en orden a su participación en los planes que establezca el Estado, y dado, en cuanto al grado de desarrollo de tales planes, que, por un lado, los de reconversión industrial tienden a la reestructuración no sólo de Empresas determinadas, sino de sectores enteros de la producción industrial nacional considerados en su conjunto, y siendo la finalidad de estos planes de reconversión la de adaptar las dimensiones, la capacidad productiva y las características técnicas de aquellas Empresas a las exigencias de viabilidad que imponen los mercados nacionales e internacionales y, de otro lado, los planes de reindustrialización referidos a las ZUR suponen la concreción de un esfuerzo nacional de solidaridad que, para ser efectivos, deben concretarse en ámbitos geográficos limitados a definir desde una perspectiva supracomunitaria.

7. Hay que afirmar el carácter concurrente de las competencias de ejecución estatales y autonómicas en la materia, o, para ser más exactos, que la ejecución de los planes de reconversión industrial es una tarea común del Estado y las Comunidades Autónomas, por cuanto requiere la necesaria confluencia de potestades estatales y autonómicas para la consecución de unos objetivos comunes, debiendo quedar claro que las Comunidades Autónomas afectadas con competencias para la ejecución de los planes no pueden quedar ausentes de los órganos de ejecución que el Estado, en virtud de su competencia, haya establecido. Parece necesario que el legislador estatal establezca expresamente la participación autonómica en dichos órganos, cuando sea necesaria, y los criterios, siquiera generales, de articulación orgánica de la misma. Una vez prevista legalmente aquella participación y regulados estos criterios, no puede asegurarse «a priori», salvo que resulte del propio texto legal, que la representación autonómica en su conjunto se concibe como marginal, lo que deberá analizarse en cada caso por relación de los Reales Decretos de reconversión.”

En el Pleno del Tribunal Constitucional, por ocasión de esa Resolución, estaban dos doctores muy referenciados por la academia: GARCÍA-PELAYO y LUIS DíEZ-PICAZO.

defecto no se corrija a tiempo, mediante una seria intervención estatal, podría generar profundas barreras económicas y sociales y toparse con el disfrute de la propia libertad. Pero estamos muy lejos de anunciar el “fin del capitalismo”, como cacarean las voces agoreras del totalitarismo. La libertad política solo puede darse donde exista un sistema de libertad económica. Así, los derechos de libertad (derechos civiles y políticos) solo pueden ejercitarse en un régimen de libre iniciativa, de economía liberal, aunque puede ocurrir lo contrario, como en el caso de China, donde existen regiones con libertad económica a pesar de no tener libertad política.²⁰¹

Es verdad que la crisis americana que se estableció en finales de la primera década del siglo es una crisis económica de proporciones descomunales, puesto que ha llegado a afectar gravemente la economía de todos los países, sean o no capitalistas. Pero el mejor camino para enfrentarse a ella no es hacer como si simplemente no existiera, como llegaron a decir algunos líderes populistas de países emergentes, sino luchar dejando a un lado el miedo y el recelo a la hora de invertir y

²⁰¹ En entendimiento contrario, léase SARTORI, Giovanni, *in Elementos de Teoría Política*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, versión de M^a Luz Morán, del título original *Elementi di teoria política*: “Para los verdaderos padres fundadores desde Locke a los autores de los *Federalist Papers*, y desde Montesquieu a Benjamin Constant el liberalismo significa rule of law (imperio de la ley) y Estado constitucional, y la libertad era la libertad política (la libertad de la opresión política) no el libre comercio, el libre mercado y (en los desarrollos spencerianos) la ley de la supervivencia del más capacitado. Hay que añadir que puesto que el liberalismo político nació mucho antes que el liberalismo económico, pudo funcionar sin *laissez-faire*, también es plausible que pueda funcionar en el futuro sin *laissez-faire*.”

volver a emprender, como proclamaba ROOSEVELT durante la primera gran crisis del capitalismo.

Lo que no se puede perder de vista en este torbellino originado por la convulsión americana es que la democracia, para que exista plenamente, tiene que ir de la mano con varios compañeros de viaje, entre los que están, como nos muestra ROBERT DAHL²⁰², la cultura política, el desarrollo económico y la modernización social.

1.3.1. Tendencias de los índices de pobreza en el mundo

(Análisis de la OIT/Ginebra)²⁰³

Desde el principio de la crisis mundial la situación ha cambiado acentuadamente pues el incremento de la pobreza parecía ser un problema que afectaba tan solo al mundo en vías de desarrollo. De acuerdo con el Informe sobre el trabajo en el mundo en 2012, los niveles de pobreza disminuyeron en la mayoría de los países en vías de desarrollo en los últimos años, pero no ocurre lo mismo en las economías desarrolladas.²⁰⁴

²⁰² DAHL, Robert. *La democracia – una guía para los ciudadanos*. Madrid, Santillana de Ediciones, 1999.

_____ *La poliarquía – participación y oposición*. Madrid, editorial Tecnos, 2ª edición, 2002.

²⁰³ www.oit.org.br/node/830

²⁰⁴ Sobre una amplia visión de la ciudadanía en el mundo, ver *História da Cidadania*, São Paulo, organización de JAIME PINSKY y CARLA BASSANEZI PINSKY, Editora Contexto,

Considerándose los datos del informe de la OIT/Ginebra, “los índices nacionales de pobreza disminuyeron en tres cuartas partes en los países en desarrollo, especialmente en los que adoptaron políticas sociales significativas.” Entretanto, los índices de pobreza aumentaron o se mantuvieron sin alterar en veinticinco de las treinta y seis economías desarrolladas debido al deterioro de los mercados laborales y a los efectos negativos de las medidas de austeridad. Pero, en este panorama, los países de Latinoamérica y de Asia tuvieron buenos resultados en la lucha contra la pobreza gracias a las políticas sociales, tanto en lo que se refiere a las transferencias sociales como a las medidas directas destinadas a la erradicación de la pobreza. En el caso del Brasil, la extensión del programa de transferencia condicionada de renta, el aumento de los beneficios sociales no contributivos para las personas con una renta baja y el aumento del salario mínimo influyeron en la reducción de la pobreza aunque permanezcan datos significativos de exclusión social. De igual modo en la India, la ampliación de la ley nacional de empleo garantizado redujo la pobreza y el subempleo y, al mismo tiempo, estimuló las oportunidades de empleo y los salarios en las zonas rurales.²⁰⁵

2003, en especial el capítulo “Direitos sociais – a cidadania para todos” de PAUL SINGER, pág. 191.

²⁰⁵ En un tiempo en que el desempleo ronda a la humanidad y todos se hallan amenazados por él, DOMENICO DE MASI percibe, por medio del análisis histórico, que el desempleo es el rostro visible de un fenómeno más profundo: “la liberación del trabajo”. *In Desenvolvimento sem trabalho*, São Paulo, Editora Esfera, 1999, versión de Eugênia Deheizelin del título original *Sviluppo senza lavoro*, Roma, 1994, Edizioni Lavoro.

No obstante, la situación en las economías desarrolladas es muy distinta. Según el informe, los índices de pobreza descendieron solamente en once de treinta y seis países, aumentaron en diecisiete y se mantuvieron sin alterar en ocho. UMA RANI, una de las autoras del informe, señaló que “el rendimiento de los países desarrollados estaba vinculado a la evolución del mercado laboral, incluyendo el aumento de empleo temporal, del trabajo precario y de los bajos salarios, así como al incremento del desempleo juvenil que agravó todavía más las finanzas familiares.” Así, las medidas de austeridad, que han llevado a una reducción de las transferencias sociales, también han tenido graves consecuencias, conforme el análisis de UMA RANI, del Instituto Internacional de Estudios Laborales de la OIT (IIEL), citando como ejemplos Alemania, Austria, Canadá y Suecia. La burbuja inmobiliaria que precedió a la crisis influyó todavía más en los niveles de pobreza de algunos países, ya que el aumento del precio de la vivienda provocó el incremento del endeudamiento de las familias.²⁰⁶

1.3.2. El riesgo de la pobreza intergeneracional

El informe advierte de que el aumento de la pobreza podría conducir a una transmisión de la pobreza de padres a

²⁰⁶ Para una buena comprensión de la movilidad social en España y en Europa véanse los capítulos “Desigualdad y pobreza”, de OLGA SALIDO CORTÉS y “La movilidad social: pautas y tendencias”, de JAVIER ECHEVERRÍA, *in Tres décadas de cambio social en España*, Madrid, Alianza Editorial, 2006, organización de JUAN JESÚS GONZÁLEZ y MIGUEL REQUENA.

hijos, incrementando la posibilidad de que, a largo plazo, los pobres sigan siendo pobres. “Una de las razones por las que ciertos grupos continúan encadenados a la pobreza son los bajos salarios”, señaló PELIN SEKERLER RICHIARDI, otro de los economistas del IIEL²⁰⁷ que participó en el informe. “Históricamente, este fenómeno estaba asociado al desempleo. Sin embargo, actualmente un número cada vez más alto de personas que trabajan también es pobre”.

El desempleo juvenil, que normalmente persiste mucho tiempo después de que se reactive el crecimiento, es otro hecho que podría conducir a la pobreza intergeneracional. El informe cita un estudio del año 2011 que mostraba que en Bélgica la probabilidad de que los jóvenes graduados encuentren trabajo después de estar en el paro durante veintiún meses disminuía del 60 al 16% entre los hombres, y del 47 al 14% entre las mujeres. Las desigualdades no relacionadas con la renta, como las que están asociadas a la salud, empeoraron en muchas regiones como consecuencia de la crisis. “Esto afecta a los países en vías de desarrollo donde el acceso a los servicios médicos está muy restringido y la cobertura sanitaria es limitada, pero también tiene repercusiones en las economías desarrolladas”, dice SEKERLER RICHIARDI.

El informe menciona a Grecia, donde muchas personas han perdido el acceso a los servicios médicos ya que las

²⁰⁷ Instituto Internacional de Estudios Laborales de la OIT (IIEL) – in www.oit.org.br/node/830.

medidas de austeridad impusieron recortes de cerca del 40% en los presupuestos de los hospitales públicos. También se habla de Estados Unidos, donde la crisis ha hecho que las familias sean incapaces de pagar los costes de la salud.

Pero el acceso a la alimentación sigue siendo la más alarmante de las desigualdades en los países en vías de desarrollo, pero también existen importantes desigualdades en el acceso al crédito, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que registran una pronunciada caída en diversos países europeos, explica el informe.

En Europa, se ha constatado que el rechazo de las solicitudes de crédito bancario de las pequeñas y medianas empresas ha aumentado en casi un 6%. Es Estonia y Letonia, en el año 2009 las empresas tenían un 15% más de probabilidades de que se les restringieran los créditos en comparación con el año 2005; en Grecia se constató una disminución del crédito al sector privado en el año 2010, que pasó a ser negativo a principios del 2011. “Esto evidentemente tiene consecuencias en el mercado de trabajo y un impacto en los índices de pobreza de muchas economías desarrolladas”, concluye UMA RANI.²⁰⁸

²⁰⁸ En relación a la situación y protección jurídico-financiera del ciudadano, léase *El principio de solidaridad en la Constitución Española*. Salamanca, Ratio Legis, 2012, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Carlos. En su prólogo, aduce ROSA MARÍA CÁRDENAS ORTIZ: “De una interpretación de varios preceptos de la Constitución Española se deduce que la solidaridad en gran parte de su contenido, constituiría derechos subjetivos para los ciudadanos.” (...) “La Constitución Española concreta expresamente alguna forma de

1.3.3. Erradicación de la pobreza y generación de empleo

La promoción de la igualdad de oportunidades y la eliminación de toda forma de discriminación son algunos de los elementos esenciales de la Declaración de los Derechos y Principios Fundamentales del Trabajo y de la Agenda de Trabajo Decente de la OIT.

Una de las condiciones para que el crecimiento económico de los países se traduzca en menor pobreza y mayor bienestar y justicia social – segundo la OIT – es que mejore la situación con respecto a las mujeres, negros y otros grupos discriminados de la sociedad, y aumentar sus opciones de acceso a empleos que puedan garantizarles una vida digna a ellos y a sus familias. La Organización Internacional del Trabajo entiende que “la pobreza está directamente relacionada con los niveles y patrones de empleo, así como con las desigualdades y la discriminación que existen en la sociedad.” Además de eso, el análisis apunta para el hecho de que “las diferentes formas de discriminación están estrechamente relacionadas con los fenómenos de exclusión social que provocan la pobreza y que son los responsables de que haya diversos tipos de vulnerabilidad y de la creación de barreras adicionales que impiden que las personas y los grupos discriminados superen la situación de pobreza.” Así, el género

financiar la solidaridad, pero no excluye otras que se pueden entender implícitas en la misma. Sobre el particular el Tribunal Constitucional se ha pronunciado favorablemente.”

y la raza o el color serían factores muy importantes para determinar las diferentes posibilidades que los individuos tienen para acceder a un empleo y a las condiciones de trabajo: remuneraciones, beneficios y posibilidad de prestación social. De este modo, “el género y la raza condicionan la forma en que los individuos y las familias experimentan la situación de pobreza y determinan que puedan o no salir de ella.”²⁰⁹

La erradicación de la pobreza y la reducción de las desigualdades sociales y regionales – que en la Constitución brasileña aparece en el artículo 3º, III, como uno de los objetivos fundamentales de la República – viene siendo una de las mayores prioridades en la construcción de sociedades más justas, al igual que se reconoce cada vez más que las causas y condiciones de la pobreza son diferentes para hombres y mujeres, negros y blancos. Por eso, hay que reconocerse que las necesidades de mujeres y negros deban llevarse en cuenta de manera explícita y efectiva en las estrategias para reducir la pobreza y en las políticas de generación de empleo y renta. Para los expertos de la OIT, este es uno de los caminos para combatir el subdesarrollo y la desigualdad, tanto a escala mundial como dentro de cada país.

²⁰⁹ www.oit.org.br/node/830

1.4. La nueva economía y los retos para el Estado social-liberal

Es en este tema en el que Brasil, tomado aquí como ejemplo, se enfrenta a una paradoja: se sitúa entre las más grandes economías del planeta y posee una constitución avanzada respecto a los derechos sociales, pero en lo que se refiere a los principales indicadores socio-económicos ocupa una posición incompatible con la riqueza producida, hecho que resalta sus grandes desigualdades sociales. Esta realidad contradictoria también fue destacada por SARLET, al citar, con perplejidad, que datos del IBGE²¹⁰ y de la ONU revelan que millones de brasileños no encuentran atención de calidad mínima en los servicios públicos de salud, de asistencia social, y que viven en condiciones precarias de vivienda, se alimentan mal o pasan hambre”.²¹¹

De acuerdo con una de las conclusiones del *Atlas de Exclusión Social en el Brasil*, que acompaña la evolución de la exclusión social en los Estados brasileños a partir de 1960, uno de los principales problemas que enfrenta el combate a la exclusión social en el país es la ausencia, a partir de la década del 60, de periodos que combinen crecimiento económico y democracia. El estudio, que fue realizado por un grupo de 11 investigadores, revela también que hubo un crecimiento de la

²¹⁰ Instituto Brasileño de Geografía y Estadística, órgano del Gobierno Federal.

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. "Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988", in *O Direito Público em Tempos de Crise*, 1999, pág. 130, apud KRELL, Andréas J, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pág. 17.

exclusión en el país entre 1980 y 2000, además del surgimiento de una "nueva forma" de exclusión. Según el estudio, entre 1960 y 1980, los excluidos en el Brasil eran, en su mayoría, inmigrantes de la zona rural con familias numerosas, con escasa escolaridad, baja renta, mujeres y negros. La nueva forma de exclusión surge entre 1980 y 2000. El perfil cambió para los nacidos en los grandes centros urbanos, familias poco numerosas, personas escolarizadas, desempleados, hombres y raza blanca. El cambio en el perfil indica que la exclusión alcanzó también a la antigua clase media brasileña²¹². "Nosotros no somos capaces de combinar el crecimiento económico con la democracia en Brasil", afirmó

MÁRCIO POCHMANN, uno de los integrantes de la investigación. "Brasil tiene que volver a crecer para combatir

²¹² Conf. (POCHMANN, Márcio; AMORIM, Ricardo; SILVA, Ronnie - organizadores) - *Atlas da Exclusão Social no Brasil*. São Paulo: Editora Cortez, vol. 2, 168 ps., 2003: La exclusión social en el Brasil creció un 11% entre 1980 y 2000, revirtiendo la tendencia verificada entre los años 60 y 80, cuando se dio una caída del 13,6%. A principios de los años 60, el país presentaba el 49,3% de excluidos, pasando a ser un 42,6% en 1980 y llegando al 47,3% en 2000. Los 11 autores del estudio señalaron como causa del aumento del índice la aparición de un nuevo tipo de exclusión, relacionado con la violencia y el empleo, que se suma a la "vieja exclusión", unido a la pobreza y a la educación. Un ejemplo de "vieja exclusión", citado en la presentación del Atlas, es la ciudad de Guaribas (PI), donde la gran mayoría de la población es pobre. La "nueva exclusión" se da en los grandes centros urbanos, como São Paulo, en los que la población pobre, sometida a la violencia y al desempleo, encara a los más ricos, a veces conviviendo uno al lado del otro Según Márcio Pochmann, Secretario de Trabajo de la Prefectura de São Paulo y uno de los organizadores de la investigación, existe una relación entre los índices de desigualdad y la violencia y la "ostentación" en las grandes ciudades de aquello a lo que la población pobre no puede tener acceso que funciona como motor del aumento de la violencia. El cambio del perfil de exclusión entre 1980 y 2000 indica que ésta alcanzó también a sectores de la antigua clase media brasileña. Pochmann considera que la nueva exclusión es un tremendo obstáculo para la sociedad. "Estamos ante una exclusión más difícil de combatir. Es más difícil de combatir el analfabetismo y la pobreza que la violencia y crear nuevos puestos de trabajo ", afirmó.

tanto la vieja como la nueva exclusión". Según él, Brasil alternó periodos de "crecimiento económico con autoritarismo" y de "democracia con épocas sin crecimiento económico". Con recelo de que fuera interpretado como defensor del régimen militar (1964-1985), POCHMANN²¹³ afirmó que la democracia evitó que la exclusión fuera aún mayor. En su opinión, "en la Constituyente de 1988, se incluyeron mecanismos de seguridad social que abrieron la posibilidad para que sectores de la sociedad mantuvieran un estándar de vida", pero en la actualidad, estos mecanismos son responsabilizados por el déficit de la Seguridad.

Los datos mencionados nos inducen a constatar, *prima facie*, una fuerte divergencia entre (1) una constitución reconocidamente dirigente, como es la brasileña, que posee un elenco expresivo de derechos sociales, forjada, naturalmente, bajo la perspectiva de la creación de un Estado medianamente intervencionista, en una bien elaborada síntesis "social-liberal"²¹⁴, y (2) su incómoda realidad. Conviene por ello resaltar que dentro del escenario intervencionista de un estado providencia, como lo exige ejemplarmente la Constitución brasileña, el papel del Poder Judicial debería ir más allá de la composición de conflictos interpersonales para situarse en un

²¹³ POCHMANN, Márcio; AMORIM, Ricardo; SILVA, Ronnie (organizadores). *Atlas da Exclusão Social no Brasil*. São Paulo: Editora Cortez, vol. 2, 168 ps., 2003.

²¹⁴ La expresión fue utilizada por RAYMOND ARON para explicar que la síntesis nace de la unión del liberalismo clásico con la crítica socialista, cuya pretensión es garantizar derechos y libertades.

campo igualmente intervencionista, sensible a los problemas sociales y, por lo tanto, comprometido con la justicia social. En Europa, desde mediados del siglo XX se produce un cambio de paradigmas tanto en lo que se refiere a la función desempeñada por los jueces como en lo que respecta a la proclamación y a la garantía de los derechos fundamentales. Estos, para ser efectivos, requieren contar con una tutela judicial apropiada, tal como ha puesto de manifiesto ORDÓÑEZ SOLÍS²¹⁵:

“Por una parte, se ha producido lo que en la doctrina jurídica se ha descrito como una transición de un juez legal a un juez constitucional y que, desde luego, ha implicado la transformación del juez tradicional –tan imparcial como pasivo en el proceso – en un nuevo juez activo defensor de los derechos fundamentales lo que se aplica, no sin problemas para la teoría tradicional, a todo tipo de jueces y jurisdicciones: no solo en el caso del juez penal o incluso tratándose del juez contencioso administrativo, sino también en el caso del juez social o del propio juez civil.”

Pero esto no se da en Brasil, con excepción de tímidos avances verificados.²¹⁶ En parte puede explicarse la paradoja

²¹⁵ ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *La Protección Judicial de Los Derechos Fundamentales de Solidaridad*. Granada, 2006, Ed. Comares.

²¹⁶ Esclarecedora investigación realizada por el Instituto de Estudios Económicos, Sociales y Políticos de São Paulo (IDESP), la primera en 1993, y la otra en 2000, que indica que, en la práctica, el 62,3% de los jueces escuchados no coincidieron con la afirmación de

brasileña con el resurgimiento en los años ochenta de la ideología del estado “mínimo”, dentro de la ola neoliberal que preconiza la transferencia hacia el mercado, de las tareas de producción y distribución de riquezas, al mismo tiempo que se restringe la acción del Poder Judicial a la estricta aplicación de la ley y la garantía de los contratos²¹⁷, situación que comienza a presentar significativos cambios, principalmente entre los jueces más jóvenes. Pocos países, como Brasil, se adaptaron tanto a esa ideología sin al menos haber pasado por la fase del estado de bienestar social. En sus recientes años de vigencia (fue promulgada en 1988), la Constitución brasileña fue objeto de más de cuatro docenas de enmiendas, mientras que la de Portugal, en vigor desde el 25 de abril de 1976, sufrió poco más de cinco²¹⁸. En realidad, si tomamos la cuestión desde el punto de vista de la economía política y observarnos, dentro de una breve perspectiva histórica, el significado de los derechos sociales entre los gobiernos de muchos países, constataríamos, *grosso modo*, que el péndulo de la historia una vez se mueve hacia (1) la ausencia de intervención del estado (*laissez faire*,

que “el compromiso con la justicia social debe preponderar sobre la estricta aplicación de la ley”.

²¹⁷ DE CASTRO E COSTA, Flávio Dino. *Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil*. Brasília, Editora Brasília Jurídica, 2001, pág. 30 – al analizar el contraste entre el “Estado Providencia” que se propuso en la constitución brasileña en una época en la que la hegemonía neoliberal se saltaba un escalón aparentemente inquebrantable, se refiere especialmente a la ascensión del Partido Republicano en los EEUU (con Ronald Reagan y George Bush), del Partido Conservador en Inglaterra (con Margaret Thatcher y John Major) y de la Democracia Cristiana en Alemania (con Helmut Kohl). Integra este proceso también la debilitación del llamado eurocomunismo, bastante fuerte electoralmente hasta los años 70 en Francia e Italia. En el caso de los países de “socialismo real”, el símbolo más grande de la derrota fue la demolición del Muro de Berlín, en 1989.

²¹⁸ La más reciente, de acuerdo con la Ley Constitucional n. 1/2001 del 12 de diciembre.

laissez passer, le monde va de lui même), y otras se mueve hacia (2) una severa intervención (la cual incluso ha justificado muchos gobiernos autoritarios y despóticos); y al final se inclina hacia una (3) moderada intervención, de la cual son ejemplos las normas programáticas de la Constitución brasileña de 1988, por sus artículos 173 y 174, en los que se veta la explotación directa del Estado en el campo de la actividad económica y se reserva a ese mismo Estado, como ente normativo y regulador, un papel de fiscalización, de incentivo y de planificación. Este concepto admite salvedades, tales como las acciones destinadas a la creación de infraestructura, el llamado "capital cualitativo" en donde están incluidas las inversiones que permiten la calificación de la fuerza de trabajo y el desarrollo de la ciencia y la tecnología.

Se señala, también, en el ámbito de la política, que KEYNES decidió poner en práctica la idea de que no existen fuerzas de "auto-ajuste en la economía" y que, en ese paso, era preciso, para combatir la distribución excesivamente desigual de la renta y de la riqueza y, específicamente, la insuficiencia de la demanda, una plausible acción del estado²¹⁹. La era SMITH (1776), que alimentó por muchos años la tesis de que el interés individual sería capaz por sí solo de hacer realidad los múltiples intereses sociales, ya se había acabado entonces, o casi. Lo que ocurre es que los neoliberales, que tienen a VON

²¹⁹ KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e do dinheiro*, apud ARAÚJO, Carlos Roberto Vieira. *História do Pensamento Econômico*. São Paulo: edit. Atlas, 5ª. Tiragem, 1995.

MISES y HAYEK entre sus principales teóricos, resurgen poco tiempo después con propuestas aún más radicales que las de los liberales clásicos. A partir del análisis del mecanismo de precios, para ellos todo debe ser sometido a la ley de la oferta y la demanda. Al Estado le cabe el papel de garantizar el funcionamiento del libre mercado, por lo que debe subyugar los intereses políticos (derechos sociales ahí contenidos) a los intereses económicos²²⁰. Surgen, de esa atmósfera política, algunos conceptos fácilmente ideologizados y seguidos en Europa y América, impulsados por las administraciones THATCHER y REAGAN, los cuales pueden resumirse de la siguiente manera: (1) los estados sociales presentan altos costes y bajos beneficios, siendo el mercado el que regula mejor la distribución de los bienes sociales, en lugar de las burocracias estatales; (2) no hay nada más “social” que la eficiencia competitiva, pues ella es la que garantizará la mayor cantidad de bienes para todos; (3) los “asistentes” estatales se desempeñan mejor que los “asistidos”, y la miseria debe ser vista como un subproducto de carácter económico, una realidad inevitable.²²¹ Se puede apreciar rápidamente a través de tales consideraciones, y tomándolas como referencia, que los actos políticos de gobierno en Brasil, específicamente aquellos relacionados con las políticas económicas y sociales, se vuelven incompatibles con los respectivos principios constitucionales, sobre todo al confrontarlos con los artículos

²²⁰ HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. São Paulo, Ed. Atlas, 14ª Ed.1995.

²²¹ Entre otros, en Brasil, ROBERTO CAMPOS, según artículos en el periódico Folha de São Paulo.

3° y 170²²². OFFE²²³, en un análisis de gran repercusión, observa que los ciudadanos pasan a depender de una gran variedad de políticas económicas y sociales y que los tres componentes de las relaciones modernas entre Estado y los ciudadanos en Occidente son: (1) el estado de derecho, (2) la democracia representativa y (3) las condiciones de "garantía civil", a través *del estado de bienestar*. Son tres componentes estructurales que se armonizan y se refuerzan mutuamente. OFFE introdujo en este análisis un elemento opuesto que enfatiza las tensiones, las presiones, las contradicciones y las incompatibilidades y que tiene relación con la viabilidad de combinaciones de los componentes liberales y democráticos del Estado liberal y del Estado del bienestar. Es dentro de ese cuadro donde se localiza el conflicto del judicial, en sus demandas por justicia y en sus respuestas a la sociedad, sobre todo en lo que respecta a la garantía de los derechos sociales y que EDUARDO FARIA²²⁴, en su estudio sobre los jueces (en virtud de los nuevos movimientos sociales), supo situar con la debida comprensión. Este autor hace una crítica del derecho oficial, el cual estaría preparado para resolver cuestiones interindividuales, pero nunca colectivas, razón por la que considera difícil que alcance a los sectores más desfavorecidos,

²²² ROBERTO GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 4ª. Edição, 1998.

²²³ OFFE, Claus. "A democracia contra o Estado do bem-estar?" *In Capitalismo Desorganizado*. São Paulo, Editora Brasiliense S.A., 2ª. edição, 1995, tradução de Wanda Caldeira Brandt e revisão de Laura Teixeira Motta, pág. 271

²²⁴ EDUARDO FARIA, José. *Justiça e Conflito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. edição, 1992, pág. 21/22.

puesto que para él “la marginación jurídica a la que fueron condenados esos sectores no es nada más que el subproducto de su marginación social y económica”. Del mismo modo, RAWLS²²⁵ reflexionó sobre el papel de la justicia como equidad, teniendo en mente que la concepción de persona es parte de una concepción de justicia política y social. Finalmente, ALEXY²²⁶, en un estudio referencial sobre la materia dice que “...justamente en tiempos de crisis, parece indispensable una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por mínima que sea.”

Es de todo improcedente y por lo tanto sería una falacia decir que la escasez de recursos y las dificultades económicas en general pueden excusar a los gobiernos del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre todo en lo concerniente a la garantía de un estándar elemental de dignidad. El artículo sobre el derecho al desarrollo del programa de acción de la Conferencia de Viena define algunos parámetros orientadores sobre el tema, entre los cuales se subraya el siguiente: "Aun cuando el desarrollo facilite la realización de todos los derechos humanos, la falta de desarrollo no podrá ser invocada como justificativa para limitar los derechos internacionalmente reconocidos".

En el Brasil, pese a algunos avances en la alfabetización de adultos y en la esperanza de vida al nacer, tales indicadores

²²⁵ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. de Dinah de Abreu Azevedo e revisão de Álvaro de Vita. São Paulo, Editora Ática, 2000

²²⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: 1993, pág. 496.

no fueron suficientes para hacer avanzar los índices relativos a la longevidad y la educación. Observamos que hay una contradicción flagrante entre la pretensión normativa de los Derechos Fundamentales Sociales y la prestación material real del Estado.²²⁷

Interpretándose los datos del IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística), la cuestión se vincula a la mala distribución de la renta en el país: la renta total del 10% de los más ricos equivale a los rendimientos obtenidos por cerca del 80% de la población económicamente activa. Hay que destacar, sin embargo, que en la base de estos indicadores sociales negativos, como una especie de fermento aciago para hacer crecer la concentración de renta, se encuentran los sistemas electorales antidemocráticos y las persistentes estructuras socio-culturales en diversas regiones que obstaculizan el desarrollo uniforme del país²²⁸.

Lo cierto es que los Estados democráticos y de derecho no podrán subsistir como tales sin promover iguales oportunidades en el acceso a los bienes primarios de la colectividad. Es necesario, también, que los sujetos de derechos subjetivos puedan concretar sus derechos incluso a

²²⁷ En un alentado trabajo sobre la economía del siglo XXI, RANDY C. EPPING presenta, en uno de sus capítulos, las disparidades entre rentas y desarrollo y lo que puede ser hecho para eliminar la pobreza en este siglo. CHARLES EPPING, Randy, *in Descomplicando a economía do século XXI*, São Paulo, 2010, BEI Editora, versión de Zsuzsanna Spiry del título original *The 21st-Century Economy: a beginner's guide*, 2009.

²²⁸ Conf. la ONU, el IDH-M (Índice de Desarrollo Humano Municipal) de Brasil señala los siguientes estados, en orden decreciente, como los diez más pobres: Rio Grande do Norte, Ceará, Bahia, Acre, Pernambuco, Sergipe, Paraíba, Piauí, Maranhão, Alagoas.

través de medidas judiciales cuando sean apropiadas. Por ello, se tiene que garantizar un estándar elemental de dignidad a los postulantes, aun cuando falte la norma infraconstitucional o las condiciones económicas favorables, casos en los que no se infringe la cláusula parámetro de separación de poderes, sino que probablemente se ejerza una interpretación coherente con los dictámenes de la justicia social, dentro de una orientación volcada hacia la hermenéutica del "objetivismo actualista"²²⁹ y del valor normativo de los principios²³⁰. De esta manera, la prestación concreta de servicios públicos esenciales, aun siendo precarios e insuficientes, debería ser compelida o corregida por parte de los tribunales ante la necesaria conjugación de la *democracia, desarrollo y derechos humanos*.

²²⁹ Conf., entre otros: ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992; KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. ANDRADE, por ejemplo, desarrolla la siguiente idea: "La Escuela de Exégesis dio prioridad a la legalidad y sobrepuso el valor de la seguridad sobre los demás, acentuando el aspecto sistemático y el carácter deductivo del raciocinio judicial, en los moldes de un raciocinio puramente formal(...) esa ideología estática de la interpretación jurídica correspondía a las exigencias e ideas de la época en que floreció la Democracia liberal.(...) la interpretación literal es apenas el inicio del proceso interpretativo, no agotándolo. (...) Las críticas contra el empirismo exegético (...) buscaron corregir la ruptura entre la ley y el desarrollo social, dando al derecho una interpretación más adherente a la realidad social, con el fin de hacerlo tan dinámico como la sociedad". (ob. cit, pág. 154/155).

²³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales* (trad. Ernesto G. Valdez), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Conf. el modelo de ponderación de Alexy, los derechos sociales se ubican más próximos a la subjetivación: "(...) el individuo tiene derecho a un derecho definitivo para la prestación cuando el principio de la libertad fáctica (posibilidad concreta de elegir entre lo que es permitido) tenga un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en su conjunto".

En el Brasil de hoy, los problemas de exclusión social, que se encuentran entrelazados en una perversa concentración de rentas, se dan con una intensidad tan grave que no pueden ser comparados con la situación social de los países miembros de la Unión Europea. Por esta razón, el condicionante de la concreción de los derechos sociales para la existencia de dinero desbordante en las cuentas estatales significaría reducir, o incluso anular, su eficacia, además de hacer relativa su universalidad y condenar los derechos sociales a ser "derechos de segunda categoría".

Sin embargo, si la pobreza es la principal lacra de nuestro tiempo, CARLOS BERZOSA²³¹ entiende que es el resultado de un proceso histórico y unas condiciones estructurales que determinan la desigualdad y el injusto reparto de los bienes y servicios producidos, y que todo el pasado y el presente reflejan la enorme, y aparentemente insuperable, diferencia que separa a los países ricos de las demás naciones. Constata, así, que el grupo de países ricos ha aumentado en número, pero el porcentaje de su población con respecto a la mundial sigue siendo el mismo. Para él, el siglo comienza con este grave problema, al que hay que añadir las migraciones, la

²³¹ BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, Carlos. *Los Desafíos de la economía mundial en el siglo XXI*. España, 2002, Nivola libros y ediciones, pág. 23-24.

degradación medioambiental, la desigualdad de género, el desempleo masivo y las necesidades sociales insatisfechas.²³²

El impacto demográfico en el desarrollo, es decir, en la redistribución de la renta, no puede ser olvidado. El fuerte crecimiento económico que hubo desde la Revolución Industrial y, paralelamente, la gran expansión demográfica, desprovista de los componentes básicos de la ciudadanía, favoreció una concentración de riqueza en manos de un diminuto porcentaje de la humanidad. En algo más de un siglo –desde la Revolución Industrial hasta el final del siglo XIX– la población se duplica, y al acabar el siglo XX ese número se había multiplicado casi por cinco. No obstante, la falta de desarrollo y la existencia de la pobreza en numerosos grupos de países no se pueden explicar solamente en virtud de la impactante explosión demográfica, aunque esta dificulte sensiblemente la obtención más rápida de la igualdad social. En ese sentido, BERZOSA se alinea con las posiciones de LACOSTE (1976), para quien “la expansión demográfica no es la causa del subdesarrollo, aunque puede agravar una situación ya de por sí difícil.”

En su correcto análisis sobre la economía mundial, CARLOS BERZOSA ²³³ apunta una situación peculiar en Latinoamérica donde también ha habido en los últimos

²³² Véanse en buen texto *História da Riqueza do Homem*, de HUBERMAN, Leo. Rio de Janeiro, LTC Editora, 22ª edición, revista y ampliada, 2011, versión de Waltensir Dutra del título original *Man 's wordly godos*, Nueva York, 1959.

²³³ BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, Carlos. Conf. ob. cit., pág. 63-64.

tiempos una industrialización orientada a la exportación pero con resultados mucho más modestos si se comparan con Asia Oriental (Japón, Corea, Taiwán). Según su estudio, un rasgo distintivo de esta región es que, a pesar de los logros obtenidos en términos de crecimiento, la desigualdad ha sido una constante a lo largo de su historia. Los frutos del crecimiento se han distribuido de manera muy desigual y éste ha sido un factor que, además de contribuir a un insuficiente desarrollo, ha conducido a crisis graves y profundas como la que tuvo lugar en la década de los ochenta. En general, una mayor riqueza no trae mayores dosis de bienestar para todos, sino que el crecimiento actual viene determinado por unas pautas que están generando mayores grados de desigualdad. Sobre este punto, y teniendo en cuenta la competencia, la racionalidad y la concentración de las empresas, muchas personas se ven expulsadas de sus puestos de trabajo o sometidas a trabajos temporales. CARLOS BERZOSA enfatiza que, generalmente, “se mantienen unos niveles de paro elevados, abundan los trabajos mal retribuidos y, salvo excepciones, la tendencia es empeorar las condiciones de los asalariados.” Así, el progreso convive con las privaciones, y la economía, que ha tenido momentos de crecimiento saludables como el de la segunda mitad de los ochenta y noventa, no ha sido capaz de volver al pleno empleo y a la estabilidad en el trabajo. El estado de bienestar de la posguerra – cuestiona CARLOS BERZOSA – cada vez más soporta recortes en las políticas sociales, al tiempo que se imponen con fuerza en las

políticas económicas de los gobiernos las ideas que se desprenden del liberalismo económico y de los fundamentalistas del mercado. que encuentran en éste el mejor medio para asignar los recursos mientras se lanzan a una crítica feroz hacia todo lo que sea intervención del estado en la economía, pues todo lo que se deriva de ahí supone una distorsión del libre juego de las fuerzas del mercado y, por tanto, se crean efectos perversos en el quehacer económico.”²³⁴

1.4.1. Trabajo, flexibilización y el futuro del empleo

Las grandes transformaciones económicas y tecnológicas que han experimentado los países desarrollados y los que están en vía de desarrollo, han causado un gran choque en la naturaleza de los empleos y, como consecuencia, en las relaciones laborales. La antigua dicotomía entre capital y trabajo tiende a desaparecer, dando lugar a la lucha de los excluidos por acceder al trabajo, por su derecho al trabajo. El número de desempleados y de subempleados avanza a gran velocidad, mientras que los que entran por primera vez en el mercado de trabajo se topan con un mundo entrelazado y cada vez con mayor inmediatez como resultado de la fantástica revolución tecnológica. Se suprimen funciones, desaparecen unas profesiones y surgen otras, la fragmentación social se convierte en realidad..., todo como resultado de esos cambios. La revolución tecnológica que todavía se está produciendo ha

²³⁴ BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, Carlos. Conf. ob. cit., pág. 79.

traído modificaciones profundas también en las relaciones laborales. Las naciones que se preparan para el momento actual están sorteando, con más o menos éxito, las dificultades que agitan el mercado de trabajo.²³⁵ SINZHEIMER, con una visión premonitoria, ya había puesto de relieve en un estudio de 1933 ²³⁶ que el Derecho al trabajo no puede existir de manera aislada, puesto que se nutre de la economía. En ese sentido, todo su contenido depende de una economía que le garantice al trabajador las condiciones de vida.

La nueva realidad ha obligado a muchas empresas a llevar a cabo procesos de reestructuración mediante módulos de organización y producción menos rígidos. La flexibilización de las normas laborales pasó a estar en el punto de mira de los sindicatos de trabajadores en los países industrializados como

²³⁵ En relación a estos cambios y su impacto en el mundo del trabajo, ver, entre otros, DE MASI, Domenico, *In Desenvolvimento sem trabalho*, São Paulo, Editora Esfera, 1999, versión de Eugênia Deheizelin del título original *Sviluppo senza lavoro*, Roma, 1994, Edizioni Lavoro; HOYOS, Arturo: "La flexibilización del Derecho Laboral tradicional" *apud* ROSITA SIDRIM NASSAR, ob. cit.; SIDRIM NASSAR, Rosita de Nazaré, in "Flexibilização do Direito do Trabalho" , São Paulo, Editora LTr; BOUBLI, Bernard, "A propos de la flexibilité de l'emploi : vers la fin du Droit du Travail?" *apud* ARION ROMITA, in ob. cit.; SAYÃO ROMITA, Arion, in *Globalização da Economia e Direito do Trabalho*: São Paulo, Editora LTr, 1997; TOFFLER, Alvim. *A empresa flexível*. Rio, 1985, editora Record, 5ª edición, traducción de A.B. Pinheiro de Lemos, págs. 72/ 80; DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade posindustrial*. Brasília, Editora da UnB, 2000, 3ª edición, traducción de Yadir A. Figueiredo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima (et al.): *A modernização da legislação do trabalho*. São Paulo, Editora LTr, 1994; SÜSSEKIND, Arnaldo: *A globalização da economia e o confronto entre os neoliberais e os adeptos do Estado-social*. São Paulo, Editora JTb , nº 742, 1999; BARROSO LEITE, Celso. *XXI – O Século do Desemprego*. São Paulo, Editota LTr, 1994; DE MASI, Domenico. *O Ócio Criativo*. Rio de Janeiro, Editora Sextante, 2000, entrevista a Maria Serena Palieri y versión de Léa Manzi, del título original *Ozio Creativo*.

²³⁶ SINZHEIMER, HUGO: "Crisis económica y derecho del trabajo" *apud* ARION SAYÃO ROMITA in *Globalização da Economia e Direito do Trabalho*. São Paulo, Editora LTr, 1997, pág. 53.

estrategia de negocio. En algunos casos, las relaciones industriales habrían asumido la forma híbrida de “flexibilidad regulada”.

En cualquier caso, con flexibilización regulada o no, el Derecho al trabajo está también abocado inexorablemente a transformarse y, así, sugerir medidas que puedan atenuar los efectos de la crisis temporal provocada por esa indómita revolución tecnológica que nos lleva, a pasos agigantados, a la fase económica conocida como fase posindustrial. Es precisamente desde esta perspectiva como vamos a analizar algunos aspectos de la indispensable flexibilización de las estructuras del Derecho al trabajo que debe abandonar, cuanto antes, las anacrónicas soluciones de la época en que la sociedad todavía estaba en los prolegómenos de la revolución industrial.

1.4.1.1. ¿Por qué da miedo la flexibilización?

La flexibilización del Derecho al trabajo surgió con el objetivo general de suavizar las normas de ese campo del derecho haciéndolo más maleable. ¿Y para qué? La economía antigua está en una encrucijada: o se adapta o cierra las puertas. El empleo está en jaque y necesita ponerse a salvo de las perturbaciones económicas de la nueva era postindustrial. Salvar el empleo tiene un coste: flexibilizar las reacciones laborales. Esa nueva postura se impone como resultado de la

realidad circundante, dadas las consecuencias sociales, políticas y económicas provocadas por la revolución tecnológica. Sin embargo, hay que tener en cuenta la configuración económica y social que tiene cada país, según sea su mayor o menor grado de desarrollo en sus relaciones industriales y comerciales, es decir, según sea su capacidad de soportar los cambios.

En un sentido más amplio, no obstante, podemos entender que el concepto de flexibilización pasa por el análisis y el cuestionamiento de tres factores: la protección, la adaptación y la desregulación. Es decir, llevar a cabo una práctica flexibilizadora significaría cuestionar esos fundamentos, midiéndolos adecuadamente para luego extraer el punto optimizado que requieren los ajustes del mercado de trabajo.²³⁷

Efectivamente, la protección, representada por la potente presencia del Estado, impide que las partes transijan acerca de los auténticos dogmas laborales, todo ello con el fin de preservar las normas y los principios más favorables para el trabajador. Es la protección la que, con la flexibilización de las Leyes Laborales, tiende a sufrir profundas transformaciones. La adaptación pretende instrumentalizar el Derecho laboral de manera que pueda amoldarlo a las situaciones económicas o tecnológicas que se están dando en una determinada sociedad.

²³⁷ EDUARDO FARIA, José, in *Os novos desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo, Editora LTr, 1995, pág.13.

Las regulaciones ya se ponen en tela de juicio acusadas de perniciosidad económica, en vista de su reconocida rigidez y la exhaustiva intromisión en las relaciones laborales. Éstas irían, por lo tanto, en contra de los propios intereses de los empleados, en la medida en que dificultan o impiden contrataciones con exigencias que hoy son desproporcionadas. La desregulación es en ese panorama una realidad ineludible²³⁸.

Bajo este prisma, los legisladores deben consentir la aparición de instrumentos jurídicos que permitan el “ajuste de la producción, empleo y condiciones de trabajo a la celeridad y permanencia de las fluctuaciones económicas, a las innovaciones tecnológicas y otros elementos que exigen una rápida adecuación”²³⁹.

Se suele citar como ejemplo de la reducción de la rigidez laboral lo siguiente: a) una mayor libertad a la hora de realizar contratos con un plazo determinado, facilitando que la empresa actúe en armonía con la demanda de bienes y servicios; esto se produciría mediante la ampliación o reducción del número de empleados según sean las demandas estacionales, sin ningún tipo de carga compensatoria o trabas burocráticas; b) el acortamiento de los plazos de previo aviso; c) la simplificación de los procedimientos de despido; d) la

²³⁸ JAVILLIER, Jean-Claude: Manuel de Droit du Travail, apud ROSITA SIDRIM NASSAR, ob. cit., pág. 19.

²³⁹ HOYOS, Arturo: “La flexibilización del Derecho Laboral tradicional” apud ROSITA SIDRIM NASSAR, ob. cit., pág. 19.

diferenciación del salario mediante su vinculación al desempeño del sector económico, del emprendimiento y del trabajador; e) la reducción del tiempo de trabajo y la creación de nuevas formas de organizarlo.²⁴⁰

Dice BERNARD BOUBLI²⁴¹ que la regulación compleja y minuciosa es propia de los sistemas proteccionistas, o lo que es lo mismo, la tutela estatal. Sin embargo, el empleado alcanza la mayoría social cuando el orden público de protección revela sus propios límites, como ocurre ahora, cuando el trabajador se ha convertido en empleado-ciudadano. La flexibilidad, desde esa perspectiva, significaría la “supresión de la protección individual impuesta de manera represiva y la aceptación de una norma adaptada al campo de la actividad, a la empresa o a la corporación”.

Partiendo de la premisa de que el crecimiento económico y la generación de empleo están a la orden del día, ROMITA²⁴², citando a JAVIER ARENAS, destaca que el nuevo ordenamiento jurídico, fruto del Estado que surgió con la transformación del Estado providencia, tiene actualmente una función promocional, que sustituye a la función protectora represiva. Los agentes sociales pasan a tener zonas de independencia y autonomía.

²⁴⁰ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim, in “Flexibilização do Direito do Trabalho”. São Paulo, Editora LTr, pág. 18.

²⁴¹ BOUBLI, Bernard: “A propos de la flexibilité de l’emploi: vers la fin du Droit du Travail?” apud SAYÃO ROMITA, Arion, in ob. cit., pág. 13.

²⁴² SAYÃO ROMITA, Arion: *Globalização da Economia e Direito do Trabalho*. São Paulo: Edit. LTr, 1997, pág. 53

Por lo tanto la flexibilización, según ARION ROMITA, ya ha adquirido estatus de precepto constitucional – en Brasil, según la CF, artículo 7º, párrafos VI, XII y XIV – aunque su finalidad no sea, en estos casos, propiciar las ganancias o reducir los costes al empleador, sino ofrecer a los agentes sociales elementos para preservar la fuente de empleo (la empresa), como forma de lucha contra el desempleo. En cualquier caso, MONEREO PÉREZ llama la atención sobre una “doble exigencia de racionalización jurídica en la regulación de las relaciones sociales”: a) facilitar el funcionamiento de la economía; y b) garantizar la mejora de las condiciones laborales y de la vida de los trabajadores.²⁴³

Por su parte, SÜSSEKIND²⁴⁴ admite que la flexibilización de algunas normas de protección del trabajo viene siendo aceptada tanto por los neoliberales, que quieren la desregulación pura y simple del Derecho al trabajo, como por los defensores del Estado Social, entre los que se incluye él. Esta corriente ideológica, original del Estado de bienestar keynesiano de la posguerra, admite en esta fase la reducción del grado de intervención de la ley, siempre que se garantice un mínimo de protección a todos los trabajadores, por debajo del cual no se concibe la dignidad del ser humano. Así pues, los objetivos de la flexibilización deben ser los siguientes: a)

²⁴³ TEIXEIRA FILHO, João de Lima (et al.): *A modernização da legislação do trabalho*: São Paulo: LTr, 1994, pág.9/13

²⁴⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo: *A globalização da economia e o confronto entre os neoliberais e os adeptos do Estado-social*. JTb , nº 742 , 11.1.1999 , pág. 7.

atender a las peculiaridades regionales, empresariales o profesionales; b) implementar la nueva tecnología o los nuevos métodos de trabajo; c) preservar la salud financiera de la empresa y el empleo de los respectivos trabajadores. SÜSSEKING²⁴⁵ afirma que la desregulación elimina la protección del Estado al trabajador, permitiendo que la autonomía privada, individual o colectiva, regule las condiciones de trabajo y los derechos y obligaciones propios de la relación de empleo. Sin embargo, la flexibilización presupone la intervención estatal, aunque sea de manera elemental, con unas normas generales mínimas para garantizar la dignidad en la vida del trabajador. Respecto a esto, hay que recordar que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre estableció los principios fundamentales del Derecho al trabajo y de la seguridad social en sus artículos XXII y XXV. Dichos principios fueron regulados por el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificados en Brasil mediante el Decreto de promulgación n° 591, de 6 de julio de 1992.

El propósito de la flexibilización, por lo tanto, según la esmerada lección de esos consagrados adoctrinadores, es ampliar las condiciones de empleabilidad para que el sistema, tan gravemente afectado por los cambios en la economía de finales de siglo y principios del siglo XXI, especialmente por los bajos índices de crecimiento económico, pueda garantizar

²⁴⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo: *A globalização da economia e o confronto entre os neoliberais e os adeptos do Estado-social*. JTb, n° 742, 11.1.1999, pág. 8 y ss.

niveles de empleo compatibles con la creciente y continua demanda mundial. ¿Lo conseguirá?

1.4.1.2. Trabajo sin empleo

Tradicionalmente, el mundo laboral está dividido entre los que emprenden, es decir, los que crean empresas y negocios y, por lo tanto, generan empleos y riqueza, con sus riesgos, y los que, empleados por esas contratas en los más diversos puestos de trabajo y servicio, buscan la cada vez más codiciada porción de pastel del sistema: los empleos. Tanto unos como otros viven a costa del consumidor final de los bienes y servicios que producen. El mercado, en definitiva, se sustenta sobre ese fuerte y múltiple enlace.

Desde el trabajo semiesclavo de los comienzos de la revolución industrial hasta los derechos sociales que, en teoría, posee el trabajador hoy día, se ha escrito una larga historia, destacando los movimientos sindicales.²⁴⁶ Aun así, hay que insistir en que el derecho al trabajo se nutre de la economía, por eso registra sin cesar, como un termómetro sensible, sus temblores y oscilaciones y, por lo tanto, depende de esa economía a la vez que interactúa con ella. No es por casualidad que se haya puesto en tela de juicio nuestra “Carta de trabajo”,

²⁴⁶ Una buena síntesis de esa evolución hasta la década de los años 90 puede ser encontrada en DE MASI, Domenico, *in Desenvolvimento sem trabalho*, São Paulo, Editora Esfera, 1999, versión de Eugênia Deheizelin del título original *Sviluppo senza laboro*, Roma, 1994, Edizioni Lavoro.

otorgada mediante Decreto ley de 1943 del gobierno dictatorial de GETÚLIO VARGAS, de reconocida inspiración en el movimiento fascista que se apoderó de Italia a partir de los años veinte, época en la que el estado dictatorial pretendía sustituir la emergente lucha de clases por la idea de solidaridad y comunión entre capital y trabajo. Hoy son incontestables algunos de los desacuerdos con respecto a la realidad económica y social de Brasil.

Pero mientras el derecho al trabajo sufre los azotes de los vientos de la nueva economía, la institución que interpreta su aplicación en Brasil y dirime sus conflictos – la Justicia del trabajo – se siente igualmente amenazada como resultado de ese furioso vendaval, aunque se mantiene firme, sobre todo por el respeto que se ha granjeado a lo largo de su histórica trayectoria desde que se instituyó, mediante la Constitución de 1934, hasta que se organizó definitivamente el 2 de mayo de 1939. Según los modelos brasileños, tiene una larga vida y sigue sobreviviendo con actitud altiva y correcta a pesar de las muchas tempestades institucionales. ¿Hasta cuándo resistirá?²⁴⁷

²⁴⁷ Hubo una fuerte oposición a la flexibilización laboral y a la extinción de la Justicia del trabajo brasileña, por ocasión de la XVII Conferencia Nacional del Orden de los Abogados, realizada en Agosto de 1999, en Rio de Janeiro. En el capítulo dedicado al tema, in Anais da XVII Conferencia Nacional dos Advogados: Justiça, realidade e utopia, Brasília, OAB, Conselho Federal, 2000, - presentaran sus argumentos en contra: CALHEIROS BONFIM, Benedito, in "Justiça do Trabalho: Extinção ou Manutenção", pág. 285, Vol. I; LA GARANDERIE, Dominique de, "Crise do Emprego", pág. 307, Vol. I; GOMES, Gilberto, in "O Futuro da Justiça Trabalhista", pág. 307, Vol. I; e RAMOS FILHO, Wilson, in "Direito ao Trabalho e Exclusão Social", pág. 315, Vol.I.

Desde esa perspectiva, la cuestión más relevante, que sustituye a la antigua dicotomía entre capital y trabajo, es la de armonizar la protección y la valorización del trabajo humano –que debería ser una de las finalidades primordiales del Estado– con los cambios realizados en la base de la economía mundial que ha pasado a adoptar el conocimiento como el factor de producción más importante. Garantizar en lo posible el derecho al trabajo debe ser la tónica y no restringir ese derecho mediante obstáculos legales de toda índole.

En lo que respecta a la adecuación del Estado a la nueva economía, perdemos, por desgracia, algunas décadas de oportunidades, perjuicio que se traduce en los elevados índices de desempleo que asuelan el país y que atormenta a la masa laboral, en la que se cuentan los desempleados “excluidos” e “inempleables”²⁴⁸, índices prácticamente inexistentes o muy atenuados en los países que anticiparon los fenómenos económicos de esta nueva era. En el caso de Brasil, hemos dejado de desarrollar políticas públicas adecuadas, especialmente en el ámbito educativo, con el fin de preparar a la población para el ingreso exitoso en ese nuevo ciclo de la economía.

²⁴⁸ Inempleables: neologismo con que se califica en Brasil la situación de miles de personas que incluso ante ofertas de empleo no consiguen trabajo por no tener las condiciones mínimas de escolaridad y aptitud para los puestos más simples.

Un texto que ejemplifica perfectamente esta cuestión, escrito hace más de una década por ALVIM TOFFLER²⁴⁹, afirma que el mundo está experimentando un nuevo cambio en la forma de producir riqueza y que se está empezando a dar más importancia a la adquisición de conocimiento que a la adquisición de equipamiento. Contraponiéndose a los “factores de producción” del industrialismo, como tierra, trabajo, materias primas y capitales, el conocimiento ha pasado a ser el recurso esencial de la economía posmoderna. Y si de hecho se da preferencia a la economía del conocimiento por encima de los demás aspectos, como ya se perfila, TOFFLER asegura que seremos testigos de una tremenda oposición al cambio radical de nuestras instituciones políticas. Y lo justifica así: “solo dos veces, anteriormente, en la historia, nosotros los humanos inventamos un modo totalmente nuevo de crear riqueza. Con cada vez, inventamos nuevas formas de gobierno para acompañarlo”.

Tratando de comprender esa nueva época, DOMENICO DE MASI²⁵⁰, que defiende la idea del “ocio creativo” en un libro con el mismo título, resalta que no solo cambia un hecho de la historia, sino que se altera todo el paradigma, evento que se da cuando coinciden tres innovaciones distintas, como ocurre

²⁴⁹ TOFFLER, Alvim. *A empresa flexível*. Rio, 1985, editora Record, 5ª edición, traducción de A.B. Pinheiro de Lemos, págs. 72/ 80.

²⁵⁰ DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade posindustrial*. Brasília, Ed. da UnB, 2000, 3ª edición, traducción de Yadir A. Figueiredo.

actualmente: nuevas fuentes de energía, nuevas divisiones del trabajo y nuevas divisiones del poder.

Así pues, la escasez del empleo tradicional no implicará el final del trabajo, como predicán algunos alarmistas, sino, más bien, un profundo cambio de su dinámica. Algunos trabajadores se arriesgan, desde ahora, lanzándose a un mar de incertidumbre; otros se verán obligados más tarde por los hechos, pero en el futuro será inevitable que el trabajo se transforme totalmente con respecto a la forma en que lo tenemos hoy día – subordinado, competitivo, tutelado y agotador – a un nuevo modelo laboral productivo con tiempo, quizás, para el estudio y el ocio.

Lo importante ahora mismo es preparar a los niños y jóvenes para esa nueva realidad, dándoles una educación apropiada y de calidad, elementos que fallaron en el pasado, para los “inempleables” de hoy, debido a la recalcitrante negligencia de los gobiernos, y para los “inempleables” de mañana.

1.4.1.3. La crítica de Campos

Crítico mordaz del sistema laboral brasileño, ROBERTO CAMPOS²⁵¹ - que dejó una relevante obra en el campo del liberalismo – ironiza con el hecho de que Brasil es, junto con la antigua Yugoslavia, “el único país que tiene una Justicia del

²⁵¹ CAMPOS, Roberto: “Sobre originalidades e paradoxos”: Folha de São Paulo, Octubre de 1997.

trabajo especializada, a la que corresponde juzgar no solo conflictos de derecho, sino también dirimir conflictos económicos”. Nuestro sistema – continúa CAMPOS en su crítica – alienta los conflictos en lugar de resolverlos. En todos los países financieramente importantes, los “conflictos de interés” (nivel salarial y productividad, por ejemplo) se solucionan de manera no judicial, a semejanza de la mediación y el arbitraje. “Es que no se espera que los jueces entiendan de macroeconomía, organización directiva o productividad. Solo los “conflictos de derecho”, relacionados con la interpretación de las leyes y los contratos, se dirigen a la Justicia común, pues no existen juzgados especializados en el trabajo”. Y garantiza que es muy limitado el número de casos que pasan del proceso arbitral al judicial.

Al citar números, resulta todavía más contundente: en 1991 fueron encausados por la Justicia común japonesa tan solo 1.000 procesos laborales, frente a 1.496.829 en Brasil. En 1994, en Inglaterra y Francia los litigios de primera instancia de los tribunales se limitaron a 17.000 y 152.000 respectivamente, mientras que en Brasil se llegó casi a los dos millones. Según Campos, la minuciosa inmovilización de las relaciones laborales por parte de la legislación laboral de la era del dictador GETÚLIO VARGAS y la permisividad de la Constitución de 1988 transformaron el laborismo brasileño en una “fábrica de conflictos”. Algunas de las consecuencias que se aluden son los altos costes, la morosidad en la solución de conflictos y la baja previsibilidad. El índice de “empleabilidad”

del sector formal se redujo a la mitad, favoreciendo el sector informal de la economía. Al intentar proteger en exceso al trabajador, sin conocer la nueva coyuntura económica mundial, el Estado brasileño acaba por protegerlo menos.

Cuando Chile empezó su proceso de ajuste entre 1982 y 1984, el índice de desempleo superó el 20%, lo que llevó al país andino a proponer medidas políticamente impopulares de flexibilización laboral mediante contratos temporales de trabajo con exención de impuestos sociales, libertad de organización sindical e incluso la creación de dos franjas salariales: una franja básica estable y una flexible, a fin de permitir que las empresas pudieran enfrentarse a coyunturas de mercado desfavorables. En Estados Unidos – país que posee la economía más competitiva de la era global – las leyes federales cubren tan solo seis aspectos del área laboral: 1) salario mínimo; 2) desempleo; 3) salud; 4) negociación; 5) jubilación; y 6) formación.

En Brasil, los “inempleables” son el resultado, en gran medida, de las fuertes obligaciones laborales²⁵² (pensemos en las pequeñas y medianas empresas, responsables de absorber el 75% de la mano de obra activa). El Instituto Liberal de la Fundación Álvares Penteado²⁵³, a través de los profesores ROBERTO FENDT y AMAURY TEMPORAL, presentó en septiembre de 1997 los costes de regulación laboral de Brasil,

²⁵² Sobre los costes de la regulación laboral en Brasil, ver, también: “A Indústria da Justiça do Trabalho: a cultura da extorsão” in www.ebooksbrasil.org/eLibris/josino.html

²⁵³ www.fAAP.br

sugiriéndose, en aquel momento, las siguientes medidas de desregulación de la legislación laboral: abolición de la unicidad sindical; extinción de la obligatoriedad contributiva; ampliación del contrato colectivo de trabajo; flexibilización de la jornada laboral; y reestructuración de la Justicia laboral, la cual se limitaría a juzgar los conflictos de derecho.

Recientemente, SZAJMAN²⁵⁴ defendió en un seminario sobre la reforma laboral que se eliminaran de la Constitución los derechos de los trabajadores, alegando que las leyes laborales impiden acuerdos más conformes con la realidad del mercado entre capital y trabajo. Algunas obligaciones laborales podrían, en su opinión, someterse a la negociación de las empresas con los sindicatos. El entonces presidente de la Cámara de los diputados, MICHEL TEMER, reveló en aquel encuentro que los proyectos de la reforma laboral que se tramitan en el Congreso están entre las prioridades del legislativo, junto con la reforma tributaria y la segunda parte de la reforma de bienestar social. Por su parte, el economista JOSÉ PASTORE, de la Universidad de São Paulo, abogó por la creación de dos sistemas de régimen laboral. El empleado podría escoger entre la actual legislación o un contrato de trabajo negociado colectivamente por el sindicato correspondiente, con fuerza de ley.

²⁵⁴ SZAJMAN, Abram: presidente de la Federación del Comercio del Estado de São Paulo: Folha de São Paulo, 25.5.1999, reportaje de MAURÍCIO ESPOSITO, pág. 2 – 7.

1.4.1.4. Las relaciones de empleo en la nueva economía

Los cambios que han tenido lugar en las relaciones de empleo no hacen referencia solamente a la cuestión de la mayor o menor competitividad de las empresas que se aventuran por el camino del libre comercio, ni tampoco al impacto que puede causar éste sobre la economía de países en vías de desarrollo, como Brasil. Lo que ha venido ocurriendo en el mundo, como ya hemos visto, es un cambio en la forma de producir riqueza. Es precisamente ese cambio global, cuyo elemento principal es el conocimiento, el que está haciendo que exista un ejército de excluidos y de “inempleables”, especialmente en países que no se preparan mediante inversiones en tecnología y educación. El sector terciario “superior” o cuaternario, relacionado con los avances tecnológicos, está absorbiendo lógicamente toda la mano de obra cualificada. La fuerza bruta, como sinónimo de mano de obra barata y disponible, ya no les interesa a las industrias de esta nueva era. En realidad, para esas nuevas empresas se ha convertido en una mano de obra cara y prescindible al comparar el coste con la utilidad. Así pues, se equivocan quienes piensan que los productos de la nueva economía andan a la búsqueda de nuevas regiones con oferta barata de mano de obra para instalar sus unidades o que los bajos costes de producción están relacionados con el uso de esa mano de obra. Se trata de un razonamiento todavía válido para las fábricas de alcohol y otras industrias primitivas de la era

del industrialismo, como los desmotadores de algodón. La nueva estrategia comercial, en realidad, huye de la prescindible mano de obra barata. Desde el punto de vista de la producción, es casi imposible determinar el origen nacional de un coche o un ordenador, ya que las piezas y el software vienen de muchas fuentes distintas. De hecho, los sectores más dinámicos de la nueva economía no son nacionales: son subnacionales, supranacionales o transnacionales.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta la perspectiva sociológica de ALVIN TOFFLER que en “La Empresa Flexible”²⁵⁵ dictaminó:

“todos estamos en medio de la más profunda y acelerada revolución desde la invención del hacha de piedra. Por esa razón, la capacidad para adaptarse a los violentos cambios técnico-políticos se ha convertido en el principal atributo de supervivencia para los ejecutivos de cada país del planeta”.

Es cierto que no nos preparamos a tiempo para enfrentarnos a la crisis actual del mercado de trabajo. En la década de los setenta las grandes empresas brasileñas, la mayoría estatales, pero otras no lo eran tanto aunque sí igualmente dependientes del Estado proveedor, ebrias de lo que se vino a denominar el “milagro económico”, dormían en una cuna fantástica, arrulladas por la frecuente promiscuidad

²⁵⁵ TOFFLER, Alvin. *A empresa flexível*. Rio de Janeiro, Editora Record, 1985, 5ª edición, traducción de A.B. Pinheiro de Lemos del título original: *The adaptive corporation*.

entre lo público y lo privado. Respecto a esto, ya en 1956, cuando unos pocos americanos empezaban a entender que el número de empleados burócratas y del sector de servicios era más alto en ese momento que el de los operarios de todas sus fábricas, se llegó a la conclusión, que sirvió de punto de partida para los estudios y providencia que siguieron, que la economía de las chimeneas iba en declive y que una nueva economía, basada en el conocimiento, estaba empezando a florecer. Así fue como la IBM pidió a un consultor en el año 1961 –según narra ALVIM TOFFLER²⁵⁶– que preparara un informe sobre las repercusiones sociales y organizativas, a largo plazo, de la automatización de las oficinas. En 1962, el economista FRITZ MACHLUP publicó un estudio pionero, *The Production and Distribution of Knowledge in the United States*. En 1968, en la época de mayor corporación privada del mundo, la empresa AT&T encargó un estudio para ayudar a redefinir su misión. En poco tiempo la nueva economía (la globalización, mundialización, revolución tecnológica, o como se quiera llamar) obligó a muchas de las principales organizaciones del mundo a llevar a cabo la más dolorosa reestructuración de su historia. En la década de los noventa, en Brasil ni siquiera se había empezado a hablar del asunto.

Así, los desafíos del Estado Social para las próximas décadas estarán enfocados sobre todo en la búsqueda para mantener los niveles de empleo en alza y, para ello, la salud de

²⁵⁶ TOFFLER, Alvim, *in Sobrevivência na aurora do terceiro milênio*. Rio de Janeiro, Editora Record, traducción de Luiz Carlos Nascimento, 1993, págs. 74 -76.

la economía y la capacidad de ajustes precisos en todos los ámbitos de la sociedad serán fundamentales, especialmente en las nuevas relaciones laborales.

CODA

El impacto de la nueva economía en el empleo ha sido devastador. Casi un tercio de la población financieramente activa en el mundo está desempleado o subempleado. La tendencia de los mercados de trabajo es muy negativa en la mayoría de los países. La pobreza se extiende y el subdesarrollo, que tiene su origen en la baja escolaridad, mantiene alejados del mercado de trabajo, indefinidamente, a legiones de trabajadores que solamente cuentan con su fuerza física, prácticamente descartada hoy en día.

Al estar el derecho al trabajo vinculado a la economía, y siendo ésta el pivote de los cambios que provocan profundas alteraciones en las relaciones de empleo, sería bueno que nos enfrentáramos de inmediato, con madurez y sin prejuicios, al tema de la flexibilización de las normas laborales. La tutela del Estado, en ese ámbito, no puede frenar la economía ni expulsar del mercado definitivamente a millones de trabajadores con el paradójico pretexto de que los está protegiendo.

El trabajo no acaba, ni las contrataciones para producir los bienes de consumo tampoco. El empleo tradicional, eso sí,

tiende a disminuir cada vez más. Pero el hombre, por su naturaleza, no será jamás una isla ni podrá vivir aislado. Todo lo que toca hace que llegue automáticamente a miles de personas que harán posible la existencia de ese objeto. La vida, en ese sentido, será siempre una comunión diaria.

El Estado Social no tendrá necesariamente que sucumbir a la nueva economía, que utiliza nuevos medios de producción y que tiene en el capital humano, en el conocimiento, su principal motor. Pero tendrá que transformarse, adaptándose a los nuevos tiempos, para que pueda continuar intentando garantizar en el ámbito económico el patrón mínimo, el estándar elemental, que asegure la dignidad de la persona humana, y en aras política, la desafiante síntesis de promover y garantizar igualdad con libertad. Preparar, así, a las nuevas generaciones para la nueva economía, es su grande reto en este inicio de milenio.

Pero el Estado Social para mantener su status constitucional de Estado Democrático de Derecho, tendrá que matizar sus intervenciones en la economía de mercado y garantizar las conquistas históricas del liberalismo sobretudo en el ámbito de los derechos civiles y políticos. Entendemos, así, por lo que se ha visto, y en que pesen los respetables argumentos en contra, que no hay incompatibilidad política entre los derechos de igualdad y los de libertad y que la tensión en la efectividad de los sistemas de libertad e igualdad es más

de retórica política-ideológica que de antinomia entre las dos familias de derechos fundamentales.

Con efecto, el sistema político de libertad individual, sin la búsqueda de los derechos sociales universales, es una libertad exclusiva para los que poseen condiciones financieras de vida mientras que los derechos sociales pretenden garantizar esa misma libertad al promover el acceso de la mayoría a los bienes básicos de la sociedad, es decir, a una efectiva igualdad de oportunidades. Lo que nos es admisible en el ámbito democrático es suprimir o reducir aunque parcialmente la libertad individual en nombre de más igualdad social o, a la inversa, en garantía de más libertad individual restringir o todavía apartar la igualdad social de la mayoría.

Pero es necesaria la atención política para el hecho de que el poder económico, ejercido por las grandes corporaciones de mercado, enlazadas que son a un sistema financiero global, constituyese en la verdadera amenaza – y no más el Estado – a los regímenes de libertades públicas. Del monarca absolutista al Estado opresor, nos deparamos hoy con los poderosos sistemas económicos, cuyos engranajes traban una lucha incesante para sujetar el poder político: son los actuales opresores de la libertad individual. La libertad de mercado, tan necesaria cuanto imprescindible para la libertad política, no puede servir de palió para quebrantar los derechos fundamentales del ciudadano.

Es verdad que las ideologías, así como moldean y configuran las constituciones, de igual modo imprimen el rumbo a ser seguido en la interpretación y en la implementación de esas mismas normas. Esa influencia por parte de ideas con un fuerte sentido axiológico y, además, legitimada por las urnas, acaba por tornarse crucial en la conducción del proceso de elecciones, en la implementación de políticas y en la interpretación de la principiología constitucional.²⁵⁷

Por fin, se debe anotar que el garantismo social, que FERRAJOLI designa como el conjunto de garantías encaminadas a satisfacer los derechos sociales, como los derechos a salud, a la educación, al trabajo y otros más –, se extiende, también, a las personas encarceladas, tema de la parte final de esta investigación y que tiene como ámbito de estudio el sistema penitenciario del Estado del Maranhão, en Brasil. Trataremos, así, de las garantías procesales en la fase de la ejecución de la pena y de la legitimidad del poder judicial en asegurar esos derechos fundamentales al imputado, reo o detenido, cuando hubiera omisión administrativa.

Además de ello, y como corolario de las garantías sociales en las cárceles, el trabajo intenta demostrar a partir de un caso concreto – el sistema penitenciario del Estado del

²⁵⁷ Conf. entre otros, HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre, Fabris Editor, 1997, traducción de Gilmar Ferreira Mendes.

Maranhão – la necesidad de si despenalizar los delitos bajo el punto de vista de su desprisionalización, reservándose la cárcel solamente para los delitos más gravosos en respecto a los derechos fundamentales.

CAPÍTULO II: LA LEGITIMACIÓN JUDICIAL EN LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES

CAPÍTULO II

2.1. La legitimación judicial en la garantía de los derechos sociales

“Efectivamente, no se puede comprender el constitucionalismo del Estado social brasileño que recoge la Carta de 1988 si cerramos los ojos frente a la teoría de los derechos sociales fundamentales, al principio de igualdad, a las instrucciones procesales que garantizan esos derechos y esa libertad y al papel que de ahora en adelante asume el Supremo Tribunal Federal para velar por la Constitución”.

Paulo Bonavides

Curso de Direito Constitucional

São Paulo, Malheiros, 7ª edição, 1997, págs. 338/339.

2.1.1. La ambigüedad de los conceptos

La formulación de una teoría integral, sistemática y universal de los derechos humanos que satisfaga las diferentes lecturas, reivindicaciones y pretensiones que sobre los mismos se realizan parece agravarse cuando se trata de los derechos sociales, pues son los que más controversias plantean, comenzando por la terminología empleada comúnmente.²⁵⁸ Resulta difícil, incluso para la doctrina más consultada, definir los derechos sociales basándose su ambigüedad y falta de

²⁵⁸ MARTÍNEZ DE PISÓN, José. “La efectividad de los derechos sociales: de las necesidades básicas al desarrollo humano” *in Derechos fundamentales, movimientos sociales y participación*. Madrid, Editorial Dykinson, 2003, pág. 131

homogeneidad.²⁵⁹ Suele decirse, por lo tanto, que con el término “derechos sociales” se hace referencia a los derechos citados en las declaraciones y pactos internacionales de “derechos económicos, sociales y culturales”, pero MARTÍNEZ DE PISÓN aclara que, ya desde las primeras reivindicaciones, los términos utilizados han sido numerosos: “derecho de los trabajadores”, “derechos socialistas”, “derechos colectivos”, “derechos de igualdad”, “derechos de prestación”, “derechos de crédito” o “derechos fundamentales prestacionales” – estos últimos más actualizados. Cada denominación contiene un rasgo que en cada momento ha servido para la fundamentación, reivindicación y reconocimiento de estos derechos. En su base está el sesgo de clase, la ideología, el valor o naturaleza de las obligaciones que de ellos se derivan. Al ser una categoría muy heterogénea se hace difícil reducir su caracterización a uno u otro rasgo,²⁶⁰ razón por la cual el término “derechos sociales”, por su amplitud, es el más utilizado. En efecto, este término remite a las luchas históricas de los movimientos y partidos obreros por determinados derechos que materializasen los deseos de libertad e igualdad; pero también su función social como expresión del compromiso entre capital y trabajo. MARTÍNEZ DE PISÓN afirma que desde entonces “...han sido un poderoso instrumento de redistribución de la riqueza, de realización de sociedades más

²⁵⁹ Según MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *in Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*. Barcelona, Cedecs Editorial, 1997, pág. 90.

²⁶⁰ MARTÍNEZ DE PINSÓN, ob. cit., pág. 132.

igualitarias, expresión de la solidaridad social y, sobre todo, una vía abierta para el perfeccionamiento y la emancipación del ser humano. Son, en suma, un medio capital para que las personas puedan gozar de una vida digna.”²⁶¹

Una reflexión sobre las necesidades humanas sería, así, un buen punto de partida para intentar un sólido fundamento de los derechos sociales. GURVITCH los definió como “derechos de participación de los grupos y de los individuos, derivados de su integración en colectividades y que garantizan el carácter democrático de éstas”.²⁶² Para PECES-BARBA MARTINEZ, el primer problema de estos derechos es “delimitar su contenido” para intentar insertarlos en el concepto genérico de derechos fundamentales, ya que los derechos fundamentales indiscutibles son los individuales, civiles y políticos. Los derechos económicos, sociales y culturales, como categoría surgida posteriormente, presentan dificultades tanto de identificación como de aceptación.²⁶³ Pero, a la luz de la experiencia histórica puede decirse que “muchos de los combates por los derechos políticos se dieron con el objetivo de poder alcanzar las metas sociales”. Así, el primer argumento para defender su inclusión en la categoría genérica de los derechos fundamentales pasa, en la doctrina de PECESBARBA MARTÍNEZ, por este reconocimiento de “la conexión de los

²⁶¹ Ob. cit., pág. 133.

²⁶² Apud PÉREZ LUÑO, ob. cit., pág. 183.

²⁶³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid, Editorial Dykinson, 1999, pág. 56-57.

derechos económicos, sociales y culturales, con la generalización de los derechos políticos”. De hecho, su objetivo era “la igualdad a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos”. Son, *grosso modo*, derechos de crédito o derechos de prestación. Justifica de esta manera la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales como la tercera generación de los derechos.²⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, para quien los derechos sociales son los que tienen como finalidad garantizar unas condiciones de vida digna (derecho a la educación, derecho a la salud, etc.), también incluye la categoría de los derechos sociales en el ámbito de los derechos fundamentales, como integrante de los tres grandes grupos de derechos, a saber: derechos civiles, derechos políticos, derechos sociales. Cada uno de estos tres grupos de derechos responde, respectivamente, a las exigencias del Estado de derecho, del Estado democrático y del Estado social.²⁶⁵ Para MARTÍNEZ ESTAY, “si se atiende a su objeto o finalidad, debe concluirse que los derechos sociales persiguen la eliminación o disminución de las desigualdades materiales, así como la mejora de las condiciones de vida de la sociedad”.

266

²⁶⁴ Ob. cit., pág. 57.

²⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, Luís María. *Sistema de derechos fundamentales*. Navarra, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, segunda edición, 2005, pág. 41.

²⁶⁶ Conf. ob. cit., pág. 90.

Desde una perspectiva teórica y puramente formal de “derechos fundamentales”, FERRAJOLI los define del siguiente modo:

“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del estatus de persona, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “estatus” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”²⁶⁷

2.1.2. La universalidad de su objeto

Los derechos sociales tienen por objeto prestaciones concretas de bienes o servicios (sanidad y salud, educación y cultura, protección ante el desamparo, medio ambiente, etc.). Son derechos que otorgan a su titular el poder de exigir prestaciones positivas de modo que puede reclamar al Estado o a otros el cumplimiento de determinadas actuaciones.²⁶⁸ El Estado debe responsabilizarse de la situación material de los

²⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid, Trotta, 2004, 4ª ed., pág. 37.

²⁶⁸ MARTÍNEZ DE PISÓN, ob. cit., pág. 133.

individuos y, en su caso, debe procurar la satisfacción de sus necesidades. Se impone, pues, al Estado, la obligación de establecer sistemas de prestaciones sociales, de planificar políticas sociales y de bienestar general, de promover estrategias redistributivas de riqueza y de eliminación de obstáculos en el ejercicio de los derechos y libertades individuales. La justificación de la intervención, a tenor de PECES-BARBA MARTÍNEZ, se basa en la convicción de que resuelve una carencia, en relación con una necesidad básica, que impide el desarrollo como persona y la libre elección de planes de vida de quien se encuentre en esa situación.²⁶⁹ Tales derechos – sostiene PÉREZ LUÑO – se distinguen de las libertades por su objeto y finalidad, completando así el marco de situaciones, necesidades e intereses personales y colectivos protegidos por el sistema general de los derechos fundamentales.²⁷⁰ Para ese mismo autor, los derechos sociales tienen como principal objeto “asegurar la participación en la vida política, económica, cultural y social de las personas individuales, así como de los grupos en los que se integran”.²⁷¹ En la opinión doctrinal de MARTÍNEZ ESTAY vamos a encontrar una definición más acorde con sus fines: “el elemento definidor de los derechos sociales no es el que se traduzcan en prestaciones, sino el fin que los inspira: hacer efectiva la igualdad formal del constitucionalismo clásico, y en

²⁶⁹ Ob. cit., pág. 60.

²⁷⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales-Temas clave de la Constitución española*. Madrid, Editorial Tecnos, 8ª edición, 2004, pág.187.

²⁷¹ Conf. ob. cit., pág. 183.

general mejorar las condiciones materiales de vida de la sociedad”.²⁷²

De manera más amplia, PECES-BARBA MARTÍNEZ aduce lo siguiente:

“los derechos económicos, sociales y culturales pretenden, igual que los restantes tipos de derechos fundamentales anteriores, favorecer en la organización de la vida social el protagonismo de la persona, pero no parten de la ficción en que se basan los restantes derechos de que basta ostentar la condición humana para ser titulares de los mismos, sino que intentan poner en manos de los desfavorecidos instrumentos para que, de hecho, en la realidad, puedan competir y convivir como personas con los que no tienen necesidad de esas ayudas. Consideran relevantes las diferencias y, por consiguiente, parten de la discriminación de hecho, económica, social o cultural, para proporcionar instrumentos en forma de derechos a quienes están en inferioridad de condiciones.”²⁷³

Se pretende así tratar de manera no equitativa a los desiguales, por lo que los titulares de los derechos económicos, sociales y culturales sólo deben ser aquellas personas que necesitan el apoyo, y no quienes no lo necesitan. Igualdad

²⁷² MARTÍNEZ ESTAY, ob. cit., pág. 74.

²⁷³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid, Editorial Dykinson, 1999, pág. 64.

como diferenciación (que es un medio para alcanzar, como meta, la igualdad como equiparación), y universalidad en el punto de llegada (y no como partida como ocurre con los derechos civiles, individuales y políticos), son los rasgos identificadores de estos derechos.²⁷⁴

Por razones políticas o por otras razones, explica PECES-BARBA MARTÍNEZ,²⁷⁵ “se ha producido una gran confusión en el Estado social y se ha considerado meta de estos derechos la generalización de los mismos a todos los hombres, con lo cual se ha desviado su objetivo y se han favorecido situaciones de injusticia”. A su juicio, la llamada “generalización de la protección de la salud o de la gratuidad de la enseñanza, ha desvirtuado la finalidad de esos derechos al acoger a quienes tienen medios para satisfacer esas necesidades, junto con los que no podían hacerlo por sí mismos”. Así, en consecuencia y conforme a esta opinión, los destinatarios de los derechos sociales son sólo los afectados por las carencias. A pesar de la fundamentada tesis enunciada por el eminente adocrinador, que adopta el clásico principio de justicia “tratar a los desiguales con desigualdad”, entiendo que en el ámbito de las políticas públicas el Estado no podría discriminar a los ciudadanos al establecer sus acciones sociales, económicas y culturales, salvo en los casos de políticas compensatorias, que son excepcionales. El destino de los derechos universales es

²⁷⁴ Ob. cit., pág.64-65.

²⁷⁵ Ob. cit. pág. 66

que son para todos. La libertad de elección es la que determinará si debo matricular a mi hijo en una escuela pública o privada. Otra cosa, no obstante, es reivindicar en un juzgado un derecho social erigiéndose en titular sin tener las condiciones de carencia para ello. No tiene sentido que un banquero (que no esté arruinado) reivindique judicialmente su inclusión en un programa social de vivienda argumentando su derecho universal a la misma. O sea, si la ausencia de un derecho social no confronta individualmente el “estándar elemental”,²⁷⁶ y consecuentemente el derecho a la vida o el principio de la dignidad de la persona humana, tampoco hay derecho a ser tutelado. Si puedo suplir un derecho social con mis propios medios no puedo demandarlos en un juzgado en una acción de naturaleza individual, pues no hay perjuicio alguno a ser deducido. En ese aspecto estoy totalmente de acuerdo con PECES-BARBA. Esta situación sería distinta si el servicio público que se ofrece a todos por ser un derecho universal y alguien es discriminado en su acceso, por ejemplo, a tener mejores condiciones económicas que los demás. En estos casos, a mi modo de ver, debe obtenerse la reparación judicial independiente de la situación económica de su titular.

²⁷⁶ Ya he expuesto en más de una ocasión las razones de mi preferencia por la expresión “estándar elemental”, que utilizo en mis textos, en lugar de “mínimo existencial” ampliamente utilizada por la doctrina- pues considero que aquella es la que más se acerca a una situación social intermedia, en el sentido de la reducción de las desigualdades sociales, en contra del término “mínimo existencial” o incluso “mínimo esencial” que están más vinculados a la idea de supervivencia, en el sentido de la satisfacción de las necesidades fisiológicas. Véanse TAMER, Sergio Victor. *Atos políticos e direitos sociais nas democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2005, pág. 219.

2.1.3. Derechos subjetivos y titularidad

Al estar articulados los derechos económicos, sociales y culturales como derechos de crédito o derechos de prestación, los debemos considerar como “derechos subjetivos”, puesto que frente al titular del derecho, “sujeto activo”, existe un sujeto identificable obligado por ese derecho, “sujeto pasivo”, que normalmente son los poderes públicos, aunque, en ocasiones, puedan estar a cargo de otros particulares. Esta es la posición que también defendemos, aunque no es un enfoque pacífico en la doctrina.²⁷⁷

En efecto, la doctrina se divide, por ejemplo, entre quienes distinguen los derechos sociales como “intereses legítimos” y quienes los tienen por “auténticos y propios derechos subjetivos”. Así, MÜLLER, y parte de la doctrina alemana, considera que esos derechos tienen “una menor solidez normativa que la de otros derechos fundamentales”.

²⁷⁷ En la vieja lección de LÉON DUGUIT, el derecho objetivo o la regla del derecho – es la norma de conducta que se impone a los individuos que viven en sociedad, norma cuyo respecto se considera, en un momento dado, por la sociedad, como la garantía del interés común y cuya violación determina la reacción colectiva contra el autor de tal violación; el derecho subjetivo – es un poder del individuo que vive en sociedad. Es un poder para el individuo obtener el reconocimiento social por medio del objeto que pretende cuando el motivo que determina su acto de voluntad es un fin considerado legítimo derecho objetivo (*in Fundamentos do Direito*, trad. de Eduardo Salgueiro, Porto Alegre, Fabris, 2005, pág. 9). No obstante, THEODOR TOMANDL apud PÉREZ LUÑO, afirma que “el principal obstáculo de esta teoría reside en que los derechos públicos subjetivos fueron una categoría elaborada por la dogmática iuspublicista para limitar la intervención del Estado, mientras que los derechos sociales son cláusulas encaminadas a imponer y establecer los fines de su actuación”. Ob. cit., pág. 186.

Son derechos de participación y no de mera abstención por parte de los poderes públicos. Pero CASCAJO CASTRO,²⁷⁸ siguiendo la línea doctrinal de los italianos MAZZIOTTI y de MANZINI, considera los derechos sociales como “derechos de cualquier ciudadano a una directa o indirecta prestación positiva por parte de los poderes públicos, en función de la participación en los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad”.²⁷⁹ Esta debería ser, sin duda, la regla general. Incluso, si en algunas ocasiones pueden ser auténticos derechos subjetivos en otras se configuran como “intereses legítimos o meros intereses de hecho”.²⁸⁰ Es cierto, sin embargo, que no todos ellos tienen las mismas condiciones de aplicabilidad, o sea, igual grado de intensidad, elasticidad y plenitud, lo que genera interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales dispares.

De hecho, hay un considerable grupo de autores para quienes los derechos sociales deberían quedar relegados al nivel de las normas programáticas. Por ello se puede decir que el intérprete de la Constitución debería deducir de la parte relativa a los derechos fundamentales, en la mayor medida posible, normas de inmediata vigencia. De esta manera, del principio del Estado Social de Derecho no pueden ser deducidos derechos ni deberes pues las normas discrecionales,

²⁷⁸ CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

²⁷⁹ Conf. CASCAJO CASTRO, Ob. cit., pág.48.

²⁸⁰ Ob. cit., pág.50.

en ese punto, determinan de modo vinculante solamente una interpretación legislativa acorde con los fines del Estado.²⁸¹ En contraposición a este punto de vista se hallan autores como N. TROCKER, para quien esos derechos no están en la categoría de las normas programáticas ya que, al contrario, protegen intereses autónomos y jurídicamente relevantes que necesitan de la más absoluta tutela estatal. Así, la normatividad positiva de la ordenación social es oriunda del propio principio constitucional. Para LARENZ, se trata de un derecho inmediatamente vigente pero, “en cuanto principios, son ‘pautas’ que precisan ser llenadas de contenido, a cuya concretización están llamados tanto el simple legislador como la jurisprudencia de los tribunales”.²⁸²

Es incuestionable, en todo caso, que los derechos sociales requieren metas y programas de actuación por parte del Estado. Pero si por un lado hay una posición subjetiva de ventaja a favor del particular, por otro se vislumbra una garantía objetiva de carácter institucional o incluso organizativo. Así pues, las normas en las que estos derechos se contienen aparecen normalmente bajo la forma de “garantías de instituto o instituciones, imposiciones de obligaciones al Estado, o enunciaciones de programas o meras directrices para el legislador”.²⁸³ Por eso algunos autores, debido a esta peculiar característica de los derechos sociales de relación

²⁸¹ De entre otros, E. FORSTHOFF, cfr. CASCAJO CASTRO, ob. cit., 50-51.

²⁸² Ob. cit., pág. 51.

²⁸³ Conf. CASCAJO CASTRO, ob. cit., pág. 53.

entre la dimensión subjetiva y objetiva, los consideran derechos de naturaleza compuesta. PÉREZ LUÑO llama la atención sobre las características más relevantes de los derechos sociales, lo que permite entender por tales derechos en sentido objetivo,

“como el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales. En tanto que, en sentido subjetivo, pueden entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos.”

MARTÍNEZ ESTAY²⁸⁴, buscando las raíces del sistema en el constitucionalismo social, del que los derechos sociales son un vital instrumento, afirma lo siguiente:

“el Estado es el principal agente de transformación social, y depositario del bien común, lo que supone la superación del esquema liberal de un Estado no interventor, pues la transformación de la sociedad a la que aspira el constitucionalismo social, exige un rol activo de parte de aquél. Este rol se manifiesta preponderantemente en el ámbito de los derechos sociales, pues las prestaciones y

²⁸⁴ MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*. Barcelona, editorial Cedecs, 1997, pág. 75.

acciones positivas que exigen la mayoría de ellos las ejecuta el Estado. De ahí que los derechos sociales sean en principio derechos contra el Estado, que es por tanto el sujeto pasivo de los mismos.”

La doctrina alemana, acogida por el Tribunal Constitucional de aquel país, proclama la eficacia de los derechos constitucionales no sólo frente al Estado, sino también frente a particulares, el llamado efecto horizontal de los derechos constitucionales (*Drittwirkung der Grundrechte*), siendo esta doctrina consecuencia de la que el Tribunal Constitucional alemán proclamó como el doble carácter de los derechos fundamentales.²⁸⁵ O sea, que los derechos tienen una connotación subjetiva y otra objetiva, siendo que la primera supone los derechos como facultades reconocidas por el ordenamiento jurídico a los individuos, mientras que la segunda entiende los derechos como la expresión de un sistema de valores. Así, el Tribunal Constitucional alemán se ha basado en el carácter objetivo de los derechos fundamentales para “proclamar su eficacia horizontal: los valores que representan dichos derechos rigen en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, incluida la interpretación del Derecho Privado, por lo que los jueces deben tener en cuenta dichos valores en el momento de interpretar las normas de Derecho Privado”.²⁸⁶ COSSÍO DÍAZ, por su parte, postula la

²⁸⁵ Conf. sentencia 7,198 de 1958 – apud MATÍNEZ ESTAY, ob. cit., pág. 76.

²⁸⁶ MARTÍNEZ ESTAY, ob. cit., pág. 76.

superación del concepto “derecho subjetivo público” como base configuradora de los derechos fundamentales, “para avanzar a un entendimiento más completo y más acorde con el conjunto de elementos que la Constitución española recoge”. Aduce que es posible distinguir entre derechos fundamentales y principios rectores partiendo del contenido esencial pero reconoce el acercamiento entre “algunos derechos fundamentales y los principios rectores, en tanto que ambos realizan el valor superior igualdad”.²⁸⁷

De todo lo que se ha visto, podemos concluir otorgando un reconocimiento de la titularidad de los derechos sociales a todas y cualesquiera personas y no solamente a la colectividad.

Los derechos sociales –tanto en su condición de derechos humanos como en cuanto a derechos fundamentales constitucionalmente asegurados y teniendo en cuenta su fuerte vínculo con la dignidad de la persona humana y a su correspondiente derecho a un “patrón elemental”– surgieron y fueron incorporados al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho constitucional de los derechos fundamentales. Son derechos, así, referidos en primera línea a la persona individualmente considerada. Por lo tanto, la distinción entre derechos individuales y derechos sociales no encuentra su razón de ser en la titularidad de los derechos, en la condición de ser o no la persona, individualmente, sujeto de

²⁸⁷ COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *Estado social y derechos sociales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 96.

derechos humanos y fundamentales, pero sí en la naturaleza y objeto del derecho de cada caso.²⁸⁸

Efectivamente, los derechos sociales, incluso cuando se trata de los más básicos como es el caso de la salud, educación, previsión, asistencia social y vivienda, así como los derechos laborales a una renta mínima, jornada de trabajo limitada, etc., surgieron como derechos garantizados por el principio de la dignidad de cada persona individualmente considerada. Muchos de esos derechos son “derechos individuales de expresión colectiva”, pues hay una interacción entre la dimensión individual y la del grupo en que se inserta la persona.

Así pues, las dos dimensiones –individual y colectiva– coexisten, de manera que la titularidad individual no queda eliminada por el hecho de que el ejercicio del derecho tenga lugar en el ámbito colectivo. El Supremo Tribunal Federal²⁸⁹ sostiene la coexistencia de una titularidad individual y colectiva del derecho a la salud, sin perjuicio de la existencia de otras decisiones, reconociendo un derecho subjetivo individual a prestaciones en la esfera de la salud.

Dicho en términos más generales, la tutela judicial colectiva de los derechos sociales no es obstáculo para la tutela individualizada, sobre todo cuando se pretende optimizar la

²⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011, 10ª edición, pág. 214.

²⁸⁹ STF, AgR-RE nº 271.286-8/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12.9.2000.

protección judicial y la propia efectividad de los derechos sociales a un número mayor de personas.

Los derechos humanos fundamentales, como suelen ser los derechos de libertad, igualdad y solidaridad, son siempre derechos orientados a la persona individualmente considerada. Y es la persona, con su dignidad personal, individual, aunque socialmente vinculada, su titular preponderante.

La titularidad individual de los derechos sociales está de ese modo asociada al derecho a un “estándar elemental”, que por su parte tiene como base el derecho a la vida y el principio de la dignidad de la persona humana.

2.1.4. El “estándar elemental”²⁹⁰

En la concepción de KRELL,²⁹¹ casi todos los autores aceptan y defienden que el Estado Social debe intervenir para garantizar la existencia física de la persona, el “mínimo social”. En lógica fundamentación, la Corte Constitucional Alemana extrajo el derecho a un “mínimo de existencia” del principio de

²⁹⁰ Expresión para nosotros más cercana a la idea de una situación social intermedia, la cual implica reducir las desigualdades sociales, al contrario de la expresión “mínimo esencial”, más ligada a la idea de supervivencia, en el sentido que usa ROSANVALLON y que se ha expuesto aquí de “satisfacción de las necesidades fisiológicas elementales”. TAMER, Sergio Victor. *Atos políticos e direitos sociais nas democracias*. Porto Alegre, Fabris Editores, 2005.

²⁹¹ KRELL, Andreas. Ob. cit. pág. 60.

la dignidad de la persona humana (art.1, I, Ley Fundamental: La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal).

En otro acto, en la decisión de 1951, la Corte alemana determinó un aumento expresivo del valor de la “ayuda social”, valor mínimo que el Estado está obligado a pagar a los ciudadanos carentes. En esta línea, su jurisprudencia acepta la existencia de un verdadero Derecho Fundamental a un “mínimo vital”. Por ello, defiende este autor, en el caso de que la legislación no conceda un derecho expreso al individuo para recibir esta prestación vital, el ciudadano puede recurrir al derecho fundamental de la igualdad en conexión con el principio del Estado Social.²⁹² ROCHA,²⁹³ refiriéndose a Brasil,

²⁹²Conf. Sentencia n. 509/2002 (TC de Portugal), la jurisprudencia alemana considera que “del principio de la dignidad humana, en conjugación con el principio del Estado social deriva una pretensión a prestaciones que garanticen la existencia”, incluyéndose la garantía del mínimo de existencia “las prestaciones sociales suficientes”, en los términos de la legislación sobre auxilio social (*Horst Dreier, Grundgesetz Kommentar, Band I, Mohr Siebeck, Tübingen*, 1996, págs. 62 e 125-126); es decir, que “el Estado está obligado a garantizar al ciudadano desprovisto de medios, a través de prestaciones sociales” los “presupuestos mínimos” para “una existencia humanamente digna” (*BverfGE*, 82,60(85))[...] Esta afirmación de una dimensión positiva de un derecho al mínimo de existencia condigna, en paralelo con su dimensión negativa, parece haber sido igualmente recibida en la fundamentación del Acórdão n. 349/91 – y retomada en el Acórdão n. 318/99 [...] Es también por considerarlo “inherente al respecto de la dignidad de la persona humana” por lo que J.J. GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Almedina, 2002, pág. 343) considera que el principio de la defensa de condiciones mínimas de existencia puede fundamentar “una inmediata pretensión de los ciudadanos”, “en los casos de situaciones sociales particulares de necesidad”. De aquí se puede deducir que el principio de respeto de la dignidad humana, proclamado luego en el art. 1º de la Constitución y siguiente, igualmente da la idea de Estado de derecho democrático, consignado en su art. 2º, y también esbozado en el art. 63º, nºs 1 y 3, de la misma CRP, que garantiza a todos el derecho a la seguridad y encarga al sistema de seguridad social la protección de los ciudadanos en todas las situaciones de falta o disminución de medios de subsistencia o

lamentada que la teoría del “mínimo existencial”, cuya función es atribuir al individuo un derecho subjetivo contra el Poder Público en casos de disminución de la prestación de los servicios sociales básicos que garanticen su existencia digna, hasta hoy ha sido poco discutida en la doctrina constitucional brasileña y todavía no ha sido adoptada con sus consecuencias en la jurisprudencia del país. La autora añade que el derecho constitucional tiene como fundamento ese principio de dignidad, y como instrumento a ser cumplido por la ciudadanía, a fin de que sea promovido y garantizado, ya que “no hay democracia donde no hay dignidad”.²⁹⁴ De hecho, para NUNES DE ALMEIDA,²⁹⁵ el principio de la proporcionalidad

de capacidad para el trabajo, implica el reconocimiento del derecho o de la garantía a un mínimo de subsistencia condigna. Así, el legislador, “dada la diversidad de los medios posibles para alcanzar ese fin” (cfr. WOLFGANG DÄUBLER), goza de un amplio margen de libertad conformadora, pudiendo decidir “sobre los instrumentos y la cantidad del auxilio”, sin perjuicio de tener que garantizar siempre el “mínimo indispensable”. Esa es una consecuencia del principio democrático, que supone la posibilidad de elecciones y de opciones que den significado al pluralismo y a la alternancia democrática, aun cuando en el cuadro de metas constitucionalmente fijadas, debiendo aquí armonizarse los pilares en los que, en los términos del art.1º de la Constitución, se basa la República Portuguesa: por un lado, la dignidad de la persona humana y, por otro lado, la voluntad popular expresa en las elecciones. Esto significa que, en esta perspectiva, el legislador goza de margen de autonomía necesaria para escoger los instrumentos adecuados para garantizar el derecho a un mínimo de existencia condigna, pudiendo modelarlos en función de las circunstancias y de sus criterios políticos propios [...]. Se presupone, sin embargo, que sus elecciones aseguren, con un mínimo de eficacia jurídica, la garantía del derecho a un mínimo de existencia condigna, para todos los casos –apud Acórdão n. 509/2002, Rel. LUÍS NUNES DE ALMEIDA, Tribunal Constitucional de Portugal.

²⁹³ ROCHA, Cármen Lúcia. “O Princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social”, *in Interesse Público*, nº 4, 1999, pág.38, apud KRELL, pág. 62.

²⁹⁴ La misma autora, en conferencia presentada con ocasión del Congreso “Portugal-Brasil año 2000”, realizado en Coímbra (1999), sobre el tema “Los derechos de ciudadanía en el Brasil, en el Mercosur y en la Comunidad de Lengua Portuguesa

²⁹⁵ NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, pág. 51.

debe estar conectado con el principio de la dignidad humana. SARLET,²⁹⁶ de igual modo, muestra que el principio de la dignidad de la persona humana en la Carta brasileña debe ser utilizado para garantizar las condiciones existenciales mínimas de la población para una vida saludable, sugiriendo para ello los parámetros establecidos por la Organización Mundial de la Salud - OMS.

En todo caso, ARI MELLO²⁹⁷ recuerda la advertencia célebre de JOHN MARSHALL de que "nosotros no debemos olvidar que lo que estamos aplicando es una constitución" para enfatizar el hecho de que antes de ser instrumentos de gobierno, incluso de los democráticos, las constituciones son instrumentos y garantías de la ciudadanía y de los derechos fundamentales en ellas acogidos. Más optimista, LOBO TORRES²⁹⁸ considera que "la retórica del mínimo existencial no minimiza los derechos sociales, sino que los fortalece en su dimensión esencial como expresión de una 'ciudadanía reivindicativa'". En esa misma directriz TRUBEK²⁹⁹ cree que el Derecho Internacional está orientando hacia la creación de obligaciones que exijan de los Estados la adopción de programas capaces de garantizar un mínimo nivel de bienestar económico, social y cultural para todos los ciudadanos del

²⁹⁶ SARLET, ob.cit., pág.47,59s.

²⁹⁷ ARI MELLO, Cláudio. *Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito*, Rio de Janeiro: R.Dir. Adm., abr./jun.2001, pág. 275.

²⁹⁸ LOBO TORRES, Ricardo. "A Cidadania multidimensional na era dos direitos", *in Teoria dos Direitos Fundamentais*, 199, pág. 262.

²⁹⁹ TRUBEK, David, *apud* Flávia Piovesan, ob. cit., pág.199.

planeta, para mejorar progresivamente ese bienestar.³⁰⁰ Pero, ¿cuál es el límite básico y las proporciones de ese estándar elemental, tan necesario para atender las exigencias de la dignidad humana? MARQUES GUEDES,³⁰¹ por ejemplo, al examinar el “Informe Beveridge” de 1942, afirma que “es preciso agrupar las medidas por su orden de prioridad, y de su más grande y más urgente necesidad”, para que no se posponga la aspiración de “organizar y mantener un mínimo nacional, un estándar de vida indispensable para la subsistencia de un hombre del Siglo XX”. Condenaba así los imprevistos de “reformas fragmentarias” cuando no atacaban “el problema fundamental de un mínimo de subsistencia, compatible con las exigencias de la salud y la dignidad

³⁰⁰ Conf. o Acórdão nº 509/2002 del Tribunal Constitucional Portugués (rel. Cons. LUÍS NUNES DE ALMEIDA), págs. 11-12; en 1988 el Parlamento Europeo se pronunció a favor de la institución, en todos los Estados Miembros, de una renta familiar garantizada como factor de inserción social de los ciudadanos más pobres. En 1989 el Consejo Europeo vino a aprovechar la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, en cuyo nº 10 se proclama que, “de acuerdo con las reglas propias de cada país, las personas excluidas del mercado de trabajo, sea porque no tuvieron acceso a él, o bien porque no se pudieron reinsertar en él, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes, adaptados a su situación personal”. En 1992, el Consejo aprobaría la Recomendación nº 92/441/CEE, relativo a criterios comunes sobre recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social. Se recomienda, entonces, a los Estados Miembros, “que reconozcan, en el ámbito de un dispositivo global y coherente, de lucha contra la exclusión social, el derecho fundamental de los individuos a recursos y prestaciones suficientes para vivir conforme a la dignidad y, consecuentemente, que se adapten al respectivo sistema de protección social, siempre que sea necesario”. Después de diversas iniciativas legislativas, vendría a ser creada la Ley nº 19-A/96, objeto de alteración por parte de la Propuesta de Ley nº 6/IX (Decreto da Assembleia da República nº 18/IX, art.4º n.1), en cuanto al límite de edad (25 años, en lugar de 18), para la obtención del beneficio referido (derecho a la renta social de inserción).

³⁰¹ MARQUES GUEDES, ob. cit., págs.233/234.

humanas!". ROSANVALLON,³⁰² al destacar que "la liberación de la necesidad" es el gran tema que aborda el "Informe Beveridge", procura mostrar que la noción de necesidad oscila entre el concepto de "supervivencia" (aquí entendido como "la satisfacción de las necesidades elementales"), y el concepto de "abundancia", en el sentido de la "supresión de las necesidades". Partiendo de esta premisa, el Estado-protector estaría ligado a la garantía de supervivencia, en aquel sentido de la protección física de la vida, en cuanto que el Estado-providencia ³⁰³ correspondería a la garantía de una "abundancia mínima" para todos los ciudadanos. A continuación cuestiona lo que viene a ser este "mínimo" para decir que, por definición histórica, evolucionó, por ser siempre apreciado con relación a una situación "media". Es decir, al abandonarse la simple referencia de "supervivencia", no hay norma "objetiva" para fijar un mínimo nivel de vida que corresponda a la satisfacción de necesidades primarias o elementales, puesto que el sistema de necesidades se confundiría con la dinámica social. La necesidad nace, entonces, en este punto, de la constatación de una diferencia y del deseo de reducirla, lo que haría que el programa del Estado-Providencia fuera "naturalmente ilimitado". La "liberación de la necesidad", por lo tanto, solo podría darse si esa dialéctica se interrumpiera y el Estado Providencia se

³⁰² ROSANVALLON, ob. cit., págs. 27-28.

³⁰³ PIERRE ROSANVALLON analiza en su obra la crisis del Estado-providencia francés, bajo tres aspectos: el impase financiero, la disminución de su eficacia económica y la contrariedad de su desarrollo por ciertos cambios culturales en curso.

convirtiera en un producto de la "moderna cultura democrática e igualitaria".³⁰⁴ De este modo, mientras que la demanda de "igualdad civil o política" se traduce en la determinación de una norma idéntica para todos, la demanda de "igualdad económica o social" se expresa como la voluntad de "reducción de las desigualdades".³⁰⁵

GOMES CANOTILHO ³⁰⁶ cuestiona si los derechos económicos, sociales y culturales exigen la garantía de un "núcleo esencial" como condición del mínimo de existencia, o sea, núcleo esencial como estándar mínimo. Para el adoctrinador de Coímbra, es posible deducir un principio jurídico estructurante de todo el orden económico-social portugués, pues "todos (principio de la universalidad) tienen el derecho fundamental a un núcleo básico de derechos sociales (*minimum core of economic and social rights*), en la ausencia de lo cual el Estado portugués debe ser considerado infractor de las obligaciones jurídico-constitucionales e internacionalmente impuestas". Para ejemplificar, alude que las políticas de "rendimiento mínimo garantizado", o las "prestaciones de asistencia social básica" y aun el "subsidio de desempleo" son verdaderos derechos sociales "originalmente" derivados de la

³⁰⁴ ROSANVALLON, ob. cit., pág. 28.

³⁰⁵ ROSANVALLON, ob. cit., pág. 29.

³⁰⁶ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Editora Almedina, 6ª edición, 2002, pág. 513.

constitución siempre que constituyan el estándar mínimo de existencia indispensable a la fruición de cualquier derecho.³⁰⁷

Efectivamente, el derecho fundamental al estándar básico es un derecho que procede de los principios del Estado Social de derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta. Abarca, así, todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor moral como ser humano debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Es un derecho fundamental, a todas luces, que protege a la persona contra toda forma de degradación que comprometa no sólo su subsistencia física sino, sobre todo, su valor intrínseco. El derecho fundamental al estándar elemental, concretamente en lo que se refiere a las condiciones materiales básicas e indispensables para garantizar una supervivencia digna y autónoma, constituye un límite al poder impositivo del Estado y un mandato que orienta la intervención del Estado en la economía. La intersección entre la potestad impositiva del Estado y el principio del Estado Social de derecho consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y

³⁰⁷ GOMES CANOTILHO sigue, con esta opinión, la doctrina de R.PLANT, R.ALEXY y JULIA ILIOPOULOS-STRANGAS; cfr. ob. cit., pág. 513.

autónoma protegido constitucionalmente. Este mínimo constituye el contenido del derecho fundamental de ese estándar, el cual, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales para que la persona humana pueda llevar una vida libre de temor y de las cargas de la miseria. Sin el estándar elemental, de hecho, no podemos hablar de Estado social y democrático, pues esta es una condición de su propia esencia.

2.1.5. El condicionante económico de los derechos

Hemos visto que parte de la doctrina, además de trabajar con la hipótesis del "mínimo esencial" –al que también nos referimos como “estándar elemental”–³⁰⁸, entiende que los derechos sociales deben estar condicionados a la "reserva de lo posible", esto es, en "el sentido de aquello que el individuo puede razonablemente exigirle a la sociedad",³⁰⁹ concepto que bien podría llamarse de forma más reveladora "condicionante económico de los derechos". En una bien fundamentada crítica, KRELL³¹⁰ argumenta que esa teoría representa una adaptación de un *topos* de la jurisprudencia constitucional

³⁰⁸ Expresión para nosotros más cercana de la idea de una situación social intermedia, la cual implica reducir las desigualdades sociales, al contrario de la expresión "mínimo esencial", más ligada a la idea de supervivencia, en el sentido que usa ROSANVALLON y que se ha expuesto aquí de "satisfacción de las necesidades fisiológicas elementales".

³⁰⁹ BVerfGE 43, 291 (314); 33, 303 (333) apud ALEXY, Robert – ob. cit., pág. 498.

³¹⁰ KRELL, ob. cit., pág. 52.

alemana (*Der Vorbehalt des Möglichen*), según la cual la construcción de derechos subjetivos para la prestación material de servicios públicos por el Estado está sujeta a la condición de disponibilidad de los respectivos recursos. Paralelamente, la decisión sobre la disponibilidad de los mismos estaría localizada en el campo discrecional de las decisiones gubernamentales y de los parlamentos a través de la composición de presupuestos públicos. De esta manera, según el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, esos derechos a prestaciones positivas "están sujetos a la reserva de lo posible en el sentido de aquello que el individuo, de manera racional, puede esperar de la sociedad". Esta teoría, entonces, no permite exigencias más allá de un cierto límite básico social (el Tribunal Constitucional rechazó la tesis de que el Estado estaría obligado a crear la cantidad suficiente de plazas en las universidades para atender a "todos" los candidatos). Añade, además, que un relativismo en esa área puede llevar a "ponderaciones" peligrosas y anti-humanistas del tipo "¿por qué gastar dinero con enfermos incurables o terminales?, etc." ROBERTO BARROSO,³¹¹ por ejemplo, considera que el Estado solamente puede negar el cumplimiento de los derechos fundamentales sociales en virtud de una imposibilidad material evidente y comprobable. Así, desde esta perspectiva, la realización práctica de los derechos sociales, económicos y culturales, solo ocurre dentro de ese "condicionante

³¹¹ ROBERTO BARROSO, Luís. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio, 1996, pág. 1.

económico", lo que lleva a reconocer su dependencia de los recursos económico-financieros. Como resultado de esta posición doctrinal, SARLET³¹² observa que la limitación de los recursos públicos pasa a ser considerada el verdadero límite fáctico de la efectuación de los derechos "prestacionales". Además, ALEXY³¹³ argumenta que la "reserva de lo posible" no tiene como consecuencia la ineficacia del derecho y que esta cláusula expresa simplemente la necesidad de "ponderación" de este derecho. Añade, entonces, que la clave de la cuestión es su teoría de los principios: ³¹⁴ "De acuerdo con el modelo, el

³¹² Conf. SARLET, Ingo W., "Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988" *in Direito Público em Tempos de Crise*, 1999, pág.152, apud KRELL, ob. cit., pág. 51.

³¹³ ALEXY, ob. cit., pág. 498. .

³¹⁴ Conf. ARI MELLO (ob. cit., págs. 281-282), actualmente acepta ampliamente la teoría de ALEXY y destaca los principios como mandatos de optimización y las reglas como mandatos definitivos. En cuanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas del caso, lo que significa que pueden satisfacerse en grados diferentes, de acuerdo con la necesaria ponderación entre el principio a ser satisfecho y los demás principios del sistema. Por su parte, las reglas son normas que siempre deben ser aplicadas, excepto si el propio sistema normativo contiene excepciones a su incidencia. Si una regla es válida y aplicable, entonces está ordenada a hacer exactamente lo que exige. Su aplicación es, entonces, una cuestión de todo o nada, y su técnica de actuación es la subsunción, no la ponderación, como ocurre con los principios. Mello, en ese punto, dice que merece "cierta reserva" el carácter simplificador que ALEXY otorga al concepto de principios jurídicos, que en su obra gana un grado de definición muy acentuado, pero pierde la riqueza epistemológica que le brindan a los principios, por ejemplo, las obras de ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, e de GUASTINI, Riccardo, *Teoria e dogmática delle fonti*, Editora Giuffré, Milão, 1998. Su gran mérito, sin embargo, en la teoría de las normas de DWORKIN fue el haber incorporado los principios a la categoría de norma jurídica directamente aplicable, garantizándoles una eficacia que el positivismo siempre les negó [...]. En rigor, las obras doctrinarias de DWORKIN y ALEXY, afines por la aproximación de la Filosofía del Derecho al Derecho Constitucional, fueron decisivas para la comprensión de los sistemas jurídicos contemporáneos, caracterizados por la simbiosis de modelos históricamente

individuo tiene un derecho definitivo a la prestación cuando el principio de la “libertad fáctica”³¹⁵ tiene un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en su conjunto. Este es el caso de los derechos mínimos”.³¹⁶ Reconoce que los deberes *prima facie* del Estado tienen, frente a sus deberes definitivos, un contenido claramente excesivo. Pero explica que “[...] esto no significa que no sean vinculantes. Sería un error considerar los deberes *prima facie*, (en la medida en que no corresponden a ningún valor definitivo, es decir, en el ámbito de lo excesivo), como deberes no vinculantes o como enunciados puramente programáticos”.³¹⁷ Así, para ALEXY la competencia del Tribunal termina en los límites de lo definitivamente debido, aun cuando diga que más allá de esos límites los principios contengan exigencias normativas para el legislador. Bajo otra perspectiva, ALEXY³¹⁸ afirma que en tiempos de crisis es aún más necesario otorgar los derechos sociales mínimos:

contrapuestos, como la Common Law y el Derecho romano-germánico, y el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, promoviendo una confluencia de opuestos que resultó en el modelo principista predominante en la actualidad en la teoría constitucional, conforme refiere ZAGREBELSKI, Gustavo, *El Derecho dúctil*, pág. 109. (ARI MELLO, Cláudio. *Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro, Rev. de Dir. Administrativo, abr./jun. de 2001, pág. 282)

³¹⁵ Conf. ALEXY, la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, base para el disfrute de la libertad jurídica (ob. cit., pág. 486).

³¹⁶ ALEXY, ob. cit., pág. 499.

³¹⁷ ALEXY, ob. cit., pág. 500.

³¹⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de los Estudios Constitucionales, 1997, pág. 495-496.

“Todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador; a menudo lo hacen de una forma incómoda para éste y, a veces, afectan también a su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos. El grado del ejercicio de los derechos fundamentales sociales aumenta en tiempos de crisis económica. Pero justamente entonces puede haber poco para distribuir. Parece plausible la objeción según la cual la existencia de derechos fundamentales sociales definitivos, por mínimos que sean, hace imposible en tiempos de crisis la necesaria flexibilidad y, por ello, una crisis económica puede conducir a una crisis constitucional. Sin embargo, cabe señalar aquí que no todo lo que existe como derecho social está exigido por derechos sociales iusfundamentales mínimos; segundo, las ponderaciones necesarias, de acuerdo con el modelo aquí propuesto, pueden, bajo circunstancias diferentes, conducir a diferentes derechos definitivos y, tercero, justamente en tiempos de crisis, parece indispensable una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por mínima que sea.”

GOMES CANOTILHO,³¹⁹ al sintetizar las tesis sobre la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, hace la salvedad de que los derechos fundamentales a prestaciones

³¹⁹ Ob. cit., pág.483 (Constituição Dirigente...).

no deben confundirse con las “normas programáticas” y con las “imposiciones constitucionales”. También dice que la dependencia de la realización de los derechos respecto a las prestaciones da un *interpósito* al legislador, y que de la “reserva de lo posible”, políticamente apreciada, no implica la reducción de estos derechos a “derechos bajo reserva de medida legal”. El legislador natural, violador del derecho a las prestaciones, soporta una censura jurídico-constitucional equivalente a la antigua interferencia ilícita en el ámbito de la libertad y propiedad de los ciudadanos.

Así, el condicionante económico de los derechos, es decir, la reserva de lo posible, tiene que tener en cuenta el principio de la dignidad de la persona humana.

2.1.6. La dignidad de la persona en el contexto social-liberal

Las constituciones de naturaleza liberal-social, como la brasileña, o social-demócrata, como la portuguesa y la española, brindan una extraordinaria importancia a la implementación de los derechos sociales y a la dignidad de la persona humana. En Brasil, el art. 1º establece como uno de los fundamentos del Estado “la dignidad de la persona humana”. La Constitución portuguesa de 1976, que tuvo un gran influencia sobre la primera, igualmente establece en su art. 1º que “Portugal es una República soberana, basada en la

dignidad de la persona humana”. En la Constitución española de 1978 se lee en su artículo 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.³²⁰ No podría ser diferente lo que se proclamó, en diciembre de 2000, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 1: “La dignidad del ser humano es inviolable. Debe ser respetada y protegida”. Interpretando esa línea de pensamiento constitucional y europeo, el portugués JORGE MIRANDA³²¹ afirma que “de modo directo y evidente los derechos económicos, sociales y culturales comunes tienen su fuente ética localizada en la dignidad de la persona, de todas las personas”. En RUBENS DA COSTA³²² encontramos que

[...] la dignidad es un principio a nivel jurídico, un impulso real y material, la garantía de una efectiva posibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, por lo que se sitúa, inclusive, como presupuesto de estos [...] La dignidad implica los presupuestos materiales de su

³²⁰ SSTC 214/1991, de 11 de noviembre (dignidad como límite a la libertad de expresión); 7/1983, de 14 de febrero, y 59/1993, de 15 de febrero (imprescriptibilidad de los derechos fundamentales), y 73/1986, de 3 de junio (interpretación del ordenamiento de la manera más favorable a los derechos fundamentales) – Leyes Políticas del Estado, 22ª ed. act. septiembre de 2004, pág.40, Civitas Ediciones, Madrid.

³²¹ MIRANDA, ob. cit., *Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 3ª ed., pág. 181.

³²² RUBENS DA COSTA, José, “O mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais” in *Mandados de segurança e de injunção (coordenador ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira)*. São Paulo, Edit. Saraiva, 1990, pág. 441.

manifestación, es decir, prestaciones (*Leistungen*) y participación (*Teilhaberechte*).

Pero, ¿cuál es el sentido político, la relación entre democracia y dignidad humana? Basándose en el principio ético del mutuo reconocimiento, la moralidad democrática es, según RAMALHO RABENHORST,³²³ la que mejor traduce este principio de reciprocidad (si yo no me reconozco en el otro, no puedo reconocerme en mí mismo, porque la identidad humana no posee un sentido en sí, sino que sólo existe dentro de un eslabón de reciprocidad que une un sujeto con el otro), sin lo cual “no existiría discusión ética ni política”.³²⁴ Desde esta perspectiva, la democracia (que presupone el derecho básico a la igualdad), sería más que un sistema político, pues “es aquello que reviste la propia idea del Estado de derecho: un Estado que, por encima de todo, reconoce y protege el ejercicio mutuo de las libertades”. Dentro de este marco, la dignidad, desprovista de cualquier base religiosa o metafísica, sería “una *cláusula abierta* que asegura a todos los individuos el derecho a la misma consideración y respeto, pero que depende para su concreción de los propios juicios que esos individuos hacen acerca de la admisibilidad o no admisibilidad de las diversas formas de manifestación de la autonomía humana”. Así concebida, añade RAMALHO RABENHORST, la dignidad

³²³ RAMALHO RABENHORST, Eduardo. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília, Brasília Jurídica, 2001, pág. 46-47.

³²⁴ El autor observa que no existiría ningún tipo de discusión ya que, según Paul Grice, “en la ausencia de un respeto mutuo no hay diálogo posible”, ob. cit., pág. 47.

humana deja de ser un concepto descriptivo para convertirse en el propio *ethos* de la moralidad democrática.³²⁵

No hay duda de que la dignidad de la persona se elevó a la categoría de núcleo axiológico constitucional siendo, así, el valor jurídico supremo del conjunto ordenamental. Al interpretar el art. 10.1 y el art.1º.1 de la Carta Magna española, FERNÁNDEZ SEGADO³²⁶ habla de la existencia “de un sustrato filosófico iuspersonalista” que, a su modo de ver, se alimenta ideológicamente de las aportaciones del liberalismo, del socialismo democrático y del humanismo social-cristiano. La dignidad de la persona es, por lo tanto, el primer principio en que están contenidas las demás afirmaciones, o sea, todos los derechos fundamentales tienen como fuente iusfilosófica la dignidad personal.

³²⁵ ALEXY (ob. cit., pág. 489), al tratar la cuestión sobre la relevancia iusfundamental de la libertad fáctica, cita una decisión del Tribunal Constitucional Federal que interpretó el catálogo de derechos fundamentales como expresión de un sistema de valores “que encuentran su punto central en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad” - BVerfGE 7, 198 (205). Deduce, entonces, que a la luz de su teoría de los principios, el catálogo de derechos fundamentales expresa, entre otras cosas, principios que exigen que el individuo pueda desarrollar libre y dignamente en la comunidad social, lo que presupone una cierta libertad fáctica. Y que ello impone la conclusión de que los derechos fundamentales, si su objetivo es que la persona humana se desarrolle libremente, apunta también hacia las libertades fácticas, esto es, que deben asegurar también los presupuestos del uso de libertades jurídicas y, para ello, “normas no sólo del poder-hacer jurídico, sino del poder actuar realmente” (P. HÄBERLE).

³²⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos*. Milano, Rivista di Scienze Giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore, Anno L, Maggio-Agosto 2003, pág. 209.

La garantía de los derechos fundamentales sociales, en su “estándar elemental”, a pesar del condicionamiento económico que pueda existir, se convierte en una exigencia del principio de dignidad de la persona, de la igualdad jurídica y, en última instancia, de la propia democracia, democracia que, en la concepción de sociedad abierta, conforme a la hermenéutica de HÄBERLE,³²⁷ se desarrolla también por medio de

“formas refinadas de mediación del proceso público y pluralista de la política y de la praxis cotidiana, especialmente a través de la realización de los Derechos Fundamentales” los cuales serían “parte de la base de legitimación democrática para la interpretación abierta, tanto en lo que se refiere al resultado, como en lo concerniente al círculo de participantes.”

Dicho esto, la dignidad de la persona actúa, por su doble condición de norma-principio, como un “mandato de optimización”, ordenando algo que debe ser realizado en la mayor medida posible, considerando las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. En ese contexto, o sea, en el ámbito de una función protectora de la dignidad, se ubica la noción de que la dignidad de la persona humana se erige como uno de

³²⁷ Según HÄBERLE “limitar la hermenéutica constitucional a los intérpretes ‘corporativos’ o autorizados jurídica o funcionalmente por el Estado significaría un empobrecimiento o una auto-equivocación. Además, un entendimiento experimental de la ciencia del Derecho Constitucional como ciencia de normas y de la realidad no puede renunciar a la fantasía y a la fuerza creativa de los intérpretes ‘no corporativos’”. HÄBERLE, Peter. *Hermenéutica Constitucional*. Porto Alegre: Fabris Editor, trad. de Gilmar Mendes, 1997, pág. 34.

los criterios materiales para la verificación de la incidencia de una prohibición de retroceso en materia de derechos fundamentales, especialmente en la esfera de los derechos sociales.³²⁸

2.1.7. Convergencias y contrastes entre derechos sociales y derechos de libertad

Si, por un lado, en el marco del Estado social la idea de garantizar el estándar elemental está vinculada a los deberes de solidaridad de los demás individuos y del propio Estado – así como al principio de la dignidad de la persona en la doctrina del Estado liberal–, el concepto jurídico de los derechos sociales se fundamenta en la idea de que su efectividad es condición básica para que se dé el disfrute y ejercicio efectivo de los derechos de libertad.

Para autores como BERNAL PULIDO³²⁹ no hay diferencias radicales entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, en contra de la tesis desarrollada por ATRIA,³³⁰ entre otros. Unos y otros buscan satisfacer las necesidades básicas

³²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008, pág. 126.

³²⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. "Una crítica a ¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria. www.cervantesvirtual.com pág. 115

³³⁰ ATRIA, Fernando. "¿Existen derechos sociales?" in XVI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, Azul, 2002, págs. 15 a 54.

pues, mientras los derechos civiles y políticos atienden a la necesidad individual de ejercer la libertad privada y la autonomía política, los derechos sociales tienen por objetivo asegurar la igualdad de oportunidades para que así los individuos puedan disponer de los medios para el ejercicio efectivo de las libertades. Los deberes de “abstención” y de “prestación” tienen, de esta manera y bajo esta óptica, más convergencias que divergencias. Pero la diferencia se pone de manifiesto cuando se intenta determinar su objeto, o sea, una prestación a cargo del Estado, y en la manera en que se precisa cuándo se vulneran estos derechos. Efectivamente, todos los derechos fundamentales tienen como rasgo peculiar un objeto indeterminado; pero, como ha resaltado BERNAL PULIDO³³¹ en su refutación a ATRIA,

“[...] el tipo de indeterminación es distinta en unos y en otros: en los derechos sociales la indeterminación se presenta porque la disposición que establece el derecho no precisa con claridad en todos los casos cuál es la prestación mediante la cual se satisface el derecho. Como consecuencia, tampoco aparece determinado qué es lo constitucionalmente contrario a aquello que el derecho exige, es decir, no aparece determinado cuándo se vulnera el derecho social.”

³³¹ Cfr. ob. cit. pág. 116.

Ahora bien, en lo tocante a los derechos de libertad, concluye el autor, esta peculiar indeterminación del objeto no se presenta del mismo modo ya que “en estos últimos, la conducta debida es una abstención y lo constitucionalmente contrario al derecho es cualquier tipo de conducta”.

Incluso ante esas dificultades en la determinación del objeto, los derechos sociales se mueven en dos direcciones: por un lado están quienes los ven sólo en el sentido político, desprovisto de un sentido jurídico; y por otro están quienes intentan hacer viable una concepción como derechos subjetivos y, en consecuencia, su aplicación jurídica.

2.1.7.1. Las posiciones antagónicas de Bernal Pulido y Fernando Atria

BERNAL PULIDO,³³² en una buena síntesis de su trabajo, agrupa las siguientes concepciones en materia de derechos sociales para a continuación, y después de analizarlas a la luz del derecho constitucional, elegir la que más se acerca de su postura doctrinal: (1) disposiciones programáticas; (2) concepciones que toman estas disposiciones como una fuente

³³² Para profundizar en estos tipos de teorías, ver: C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edición, 2005, pág. 362 y ss.; ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, in *Los derechos sociales como derechos exigibles, con prólogo de LUIGI FERRAJOLI*. Madrid, Editorial Trotta, 2ª. Edición, 2004.

de normas de fines del Estado; (3) las que entienden los derechos sociales como una fuente de deberes estatales objetivos; (4) las que conciben los derechos sociales como derechos definitivos; (5) y los derechos *prima facie*.

En el ámbito de las disposiciones programáticas, no hay ningún tipo de carácter vinculante frente al legislador de la misma forma que, correlativamente, niega cualquier expectativa o pretensión exigible por vía jurisdiccional. Esas disposiciones sólo cumplen una función política de fuente de inspiración del contenido de las leyes. Por su parte, la segunda concepción entiende que los derechos sociales tienen la estructura de normas de programación final caracterizadas así porque, a diferencia de las normas condicionales, imponen al Estado el deber de perseguir o alcanzar un determinado fin, pero no el camino o los medios. Las constituciones dejan abierta la discusión acerca de los medios más idóneos y de la oportunidad precisa para obtener los objetivos trazados y, por tanto, esta discusión debe llevarse a cabo en el terreno de la política.³³³

Respecto a la teoría defendida por BÖCKENFÖRDE,³³⁴ que concibe los derechos sociales como mandatos objetivos, las disposiciones de derechos sociales se concretan

³³³ Cfr. C. BERNAL PULIDO, pág.126, ob. cit.

³³⁴ E – W. BÖCKENFÖRDE. Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución., en Id., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden – Baden, 1993, pág.78 y ss.

normativamente en mandatos jurídicos objetivos dirigidos al legislador y a la administración; es decir, la indeterminación en cuanto a los medios de actuación y el respeto a las competencias del parlamento impiden la atribución a un titular de un derecho subjetivo que sea el correlato de una pretensión exigible jurisdiccionalmente. Esa teoría entiende que no puede otorgarse a ningún sujeto activo la posibilidad de exigir ante los jueces la realización de algún medio específico. Se trata de una noción que recibe el más absoluto rechazo por parte de BERNAL PULIDO, entre otros, que la considera una especie de producto de “una síntesis de dos categorías jurídicas que se sitúan en polos opuestos: las normas programáticas, y las posiciones jurídicas en que se concretan los derechos subjetivos y que, como también ATRIA acepta en su texto, se componen de un titular, un destinatario y un objeto”. De esta combinación –aduce– “surge un concepto ecléctico que alberga una paradoja irreducible: el mandato objetivo. La paradoja de este mandato objetivo radica en que su cumplimiento no puede ser exigido en el marco del Derecho”.³³⁵

La cuarta teoría aquí apuntada –los derechos sociales como derechos definitivos– quiere expresar que dichas posiciones no son susceptibles de restricción, que no ceden ante ninguna otra razón que se invoque en su contra:

³³⁵ Cfr. PULIDO, ob. cit., pág. 127 yss.

“Los derechos sociales imponen al legislador el deber de legislar para disponer los medios que tienden a satisfacerlos y este deber es correlativo por lo menos a dos derechos subjetivos que se atribuyen al individuo: el derecho a obtener del legislador al menos un grado mínimo de actividad legislativa y el derecho a que la legislación establezca las condiciones idóneas para satisfacer las necesidades existenciales, es decir, el derecho a recibir un mínimo existencial.”

Para BERNAL PULIDO, de forma correlativa, está prohibida la inactividad legislativa y la desatención del mínimo existencial, las cuales, una vez vulneradas, tienen como consecuencia la inconstitucionalidad por omisión. De la misma manera y aun dentro de la teoría de las posiciones jurídicas definitivas, se da la prohibición de retroceso social, por la cual al legislador le está vedado desmontar las medidas que ha adoptado para desarrollar los derechos sociales. A esta prohibición corresponde un derecho individual, “exigible ante los tribunales, y que funciona de manera similar a los derechos adquiridos de la doctrina civilista”.³³⁶

Tras apuntar una serie de restricciones a la tesis de las posiciones definitivas, ese autor se inclina a afirmar que “las disposiciones de derechos sociales deben concretarse más bien en posiciones con carácter *prima facie*, explicitando que esta

³³⁶ Cfr. BERNAL PULIDO, ob cit. pág. 135.

concepción, ya propuesta por ALEXY y BORWSKI, “admite restricciones legislativas, siempre y cuando sean proporcionadas” y pueden estar justificadas en razón de las limitaciones económicas, de exigencias que se desprenden de otros derechos fundamentales, sociales, democráticos o de libertad, o de otros bienes constitucionales. Ese principio de proporcionalidad, que en Alemania recibe el nombre de prohibición de protección deficiente, pasaría entonces a actuar como criterio definitorio de la vinculación que emana de los enunciados de los derechos sociales y por medio de su análisis sería posible indicar, en los casos concretos, las posiciones en que se concretan estos derechos: si valen sólo *prima facie* o si también valen de manera definitiva. Para esta teoría, las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales se concretan en posturas que imponen al legislador una cierta manera de legislar conforme a deberes de actuación que pesan sobre la administración y sobre el poder judicial. En resumen: el sujeto activo es el individuo; como sujeto pasivo, el legislador, la administración o el juez; y en la condición de objeto, una prestación, o sea, una conducta positiva consistente en expedir leyes que tienden a satisfacer las necesidades básicas del individuo y a proveer los medios necesarios para el ejercicio de las libertades y de los derechos políticos.

Bajo esta estructura, la obtención de un derecho *prima facie* no mira a un mínimo sino a todos los medios materiales

necesarios para el ejercicio de sus libertades, de los derechos políticos, y para satisfacer sus necesidades básicas. En el campo amplio del principio de proporcionalidad figuran, con intensidad, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad –los cuales constituyen el criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos sociales–. Con ellos se puede determinar si un acto estatal, sea una omisión absoluta o relativa, vulnera dichos derechos. Si los vulnera es inconstitucional, a menos que esté justificado por las exigencias de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.³³⁷

Dicho esto, podemos añadir que pese a la distinción clásica de los derechos sociales, con relación a los derechos civiles y políticos –situarse, *grosso modo*, en el ámbito de los deberes de “prestación” y de “abstención”–, la estructura de los derechos civiles y políticos puede caracterizarse según la línea de pensamiento de ABRAMOVICH & COURTIS,³³⁸ como “un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a fin de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares.”

³³⁷ Cfr. BERNAL PULIDO, ob. cit. pág. 141 y ss.

³³⁸ VICTOR ABRAMOVICH y CHRISTIAN COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Ed. Trotta, 2ª edición, pág. 21 y ss.

Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son “diferencias de grado”, más que diferencias sustanciales. Incluso dentro de este amplio espectro teórico se sitúa una importante contribución de FRIED van HOOFF y de ASBJORN EIDE ³³⁹ que hace un abordaje a partir de “niveles de obligaciones estatales” conforme a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales. Así, se pueden apuntar cuatro niveles de obligaciones: (1) obligación de respetar; (2) obligación de proteger; (3) obligación de garantizar; y (4) obligación de promover el derecho objeto de la política estatal.

En resumen, destaca que lo más importante entre estas y otras distinciones se da exactamente cuándo se consigue debilitar una distinción tajante entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales por otro, pues sólo así será posible avanzar en la caracterización de estos últimos como derechos exigibles. Por último, quisiera hacer una observación sobre la objeción más fuerte contra la exigibilidad de los derechos sociales, y es que no cabe duda de que las obligaciones positivas no se agotan en obligaciones que consistan únicamente en disponer de reservas presupuestarias, argumento que se usa para cuestionar la substancial objeción contra la caracterización de los derechos

³³⁹ Apud ABRAMOVICH y COURTIS, ob. cit., pág. 27 y ss.

sociales como derechos exigibles. Hay otras formas de que el Estado garantice el disfrute de los derechos sociales, tanto a través de otros medios como por parte de otros sujetos.³⁴⁰

2.1.7.2. La crítica de Fernando Atria

FERNANDO ATRIA³⁴¹ hace algunas advertencias en cuanto al carácter garantista que se quiere imprimir a los derechos sociales. En su artículo “¿Existen derechos sociales?” dice, aunque con otras palabras y carácter diverso, lo siguiente: (1) los tribunales asumen competencias extrañas a las concepciones clásicas del poder judicial y ajenas a los modelos originales sobre la jurisdicción constitucional; así, abandonan su papel ideal como legisladores negativos y se convierten en verdaderos legisladores positivos; (2) la adopción de medios o de estrategias en el ámbito social y económico es un asunto político y no de interpretación constitucional; (3) sostener lo contrario presupondría otorgar al Tribunal Constitucional la potestad de controlar las políticas económicas y sociales; (4) la decisión democrática se transfiguraría en un objeto de interpretación constitucional; (5)

³⁴⁰ Cf. J.J.G.CANOTILHO. *Tomemos em sério os direitos económicos, sociais e culturais*. Coímbra, Ed.Medina; VICTOR ABRAMOVICH y CHRISTIAN COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Ed.Trotta, 2ª edición, pág. 21 y ss.

³⁴¹ ATRIA, Fernando. “¿Existen derechos sociales?” in XVI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, Azul, 2002.

la aplicación jurisdiccional de los derechos sociales haría que el Tribunal Constitucional, más que interpretar la Constitución, simplemente dijera cuáles son los medios que hay que adoptar para satisfacer los objetivos sociales, de la misma forma en que lo haría el Legislador; (6) el Tribunal Constitucional no posee legitimación democrática para tomar decisiones políticas y carece de los conocimientos acerca de los intereses sociales implicados y de la idoneidad técnica de las estrategias económicas, propios del Parlamento; (7) finalmente menciona, apoyado en ROSENKRANTZ, que los bienes como la salud, la educación, la vivienda y el trabajo para todos no pueden estar protegidos constitucionalmente por derechos sociales, “a menos que estemos dispuestos a poner en peligro todo el sistema de derechos fundamentales”.

Atria sigue la línea de los autores que niegan la existencia de los derechos sociales como derechos exigibles y, por tanto, desposeídos de coerción. Esto significa que, en su opinión y en la de tantos otros estudiosos sobre el tema, no hay derechos sujetos a una tutela estatal en el ámbito de estos derechos. Oponiéndose a las deducciones de ATRIA, BERNAL PULIDO afirma que “Legislador y Administración disponen de un margen de acción epistémico” y que en el respeto de este margen de acción “que se deriva del principio democrático”, al juez constitucional se le impide hacer una intromisión indebida en competencias legislativas y administrativas. De esta manera, “su observancia garantiza que el carácter jurídico

de los derechos sociales no se convierta en un artificio para que el juez desconozca las reglas del juego democrático y del principio de división de poderes”.

A lo largo de este trabajo, hemos asumido una posición contraria a la del escepticismo de FERNANDO ATRIA respecto a su negación de los derechos sociales como auténticos derechos, conforme lo expuesto en los ítems anteriores y como se verá en los capítulos siguientes.

2.1.8. La percepción popular de los derechos sociales en Brasil

Para la población brasileña urbana de edad superior a los 14 años – consultada en agosto de 2008 mediante encuesta cuantitativa (*survey*) realizada en 150 municipios distribuidos en 25 estados de la federación, en un total de 2.011 entrevistas³⁴², los derechos considerados más importantes,

³⁴² La encuesta fue realizada y editada por la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, in *Direitos Humanos – percepções da opinião pública*, Brasília, 1ª edición, 2010, págs. 243-271. Metodología: encuesta cuantitativa (*survey*). Encuesta: probabilidades en los primeros estadios (sorteo de los municipios, de los sectores censitarios, de los bloques y de los domicilios), con control de índices de sexo y edad en el estadio final (selección de los individuos). Extensión geográfica: 150 municipios distribuidos en 25 estados, en las cinco macrorregiones del país (Sureste, Nordeste, Sur, Norte y Centro-Oeste), estratificados por localización (capitales, regiones metropolitanas e interior) y por importancia socio-política (división del interior en tercios regionales: municipios pequeños, medios y grandes). Abordaje: personal y domiciliar, con aplicación de cuestionarios estructurados, que sumaron 70 preguntas (cerca de 175 variables). Para evitar tiempo medio de entrevista superior a una hora de duración, la encuesta se dividió en dos (A y B), con extensión idéntica, aplicándose 50 preguntas en común a ambas y distribuyéndose las demás en dos cuestionarios. Margen de error: hasta más o menos 2 puntos porcentuales para los resultados con la encuesta total y más o menos 3 puntos porcentuales para los resultados de las sub-encuestas A y B, con

teniendo en cuenta la suma de hasta tres citaciones espontáneas, conforme a los distintos rangos, son:

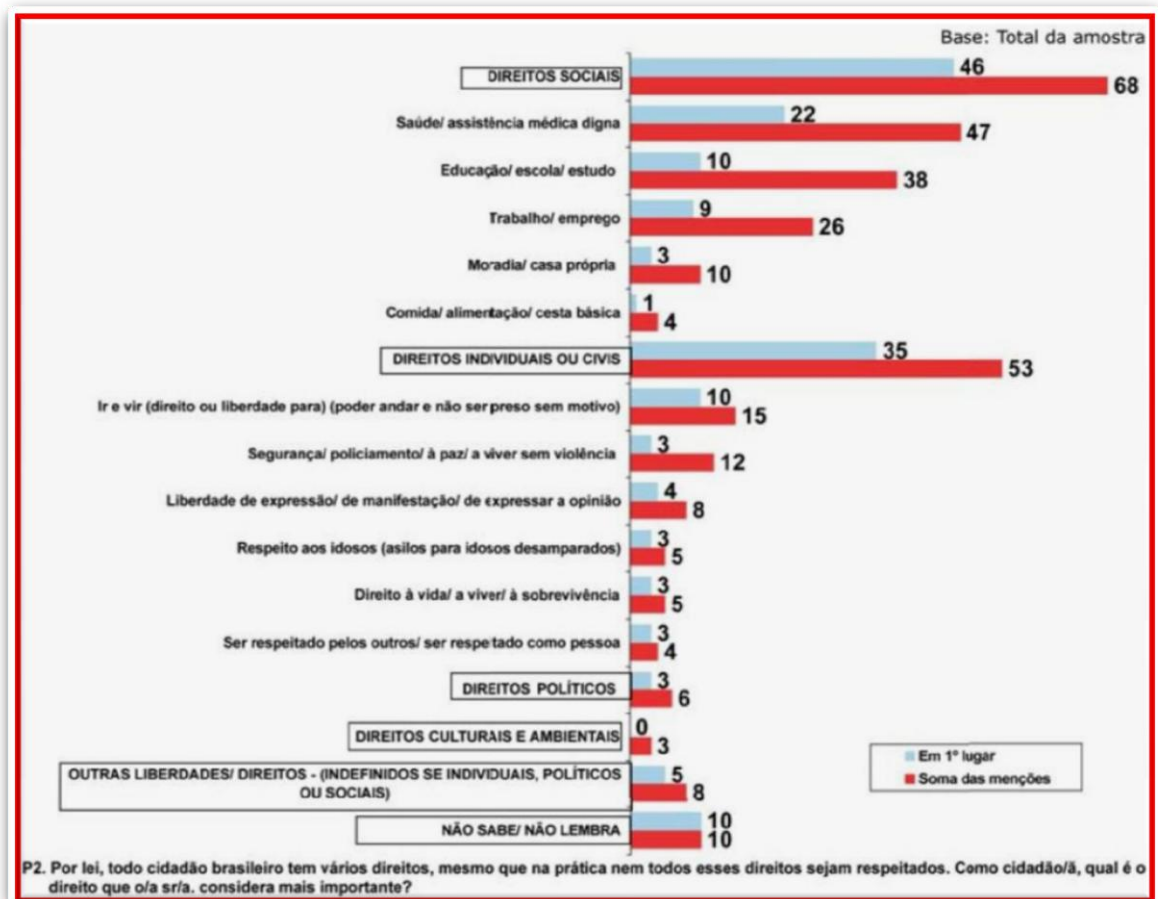
a) Derechos sociales (con un 68% de referencias) (1) derecho a la salud, 47%; (2) derecho a la educación, 38%; (3) derecho al trabajo, 26%; (4) derecho a la vivienda, 10%; (5) derecho a la alimentación, 4%; b) derechos individuales o civiles (con un 53% de referencias), considerados así en la encuesta: (1) libre circulación, 15%; (2) seguridad pública, 12%; (3) libertad de expresión, 8%; (4) respeto a las personas mayores, 5%; (5) derecho a la vida, 5%; (6) a ser respetado por los demás, 4%. Y por último, los derechos políticos con un 6% de referencias.

Hay una percepción generalizada de que los derechos sociales y civiles son despreciados y, en menor escala, los políticos, con énfasis en el derecho a la seguridad de los ciudadanos. Los derechos sociales fueron considerados totalmente respetados por un 10%; parcialmente respetado por un 42% y no respetados por un 47%. De igual modo los derechos individuales o civiles citados fueron considerados totalmente respetados por un 12%; parcialmente respetado por un 40% y no respetados por un 47%. Los “derechos a la seguridad” fueron considerados no respetados por un 63% –lo

intervalos de confianza de un 95%. Recogida de datos: 1 a 19 de agosto de 2008. Equipo responsable: Gustavo Venturi y Marisol Recamán (coordinación general); Beatriz Sinisgalli (consultora de contenido); Wilson Chammas y Deise de Alba (co-planeamiento y análisis); Wagner Rosas y Santhiago Villela (asistentes) y Rita Dias (procesamiento).

que refleja la situación de violencia en la que viven los ciudadanos en las ciudades brasileñas—.

Figura 1: Derechos considerados más importantes



En un análisis superficial de los datos señalados arriba, un 46% dice que considera los derechos sociales como los más importantes, seguidos por un 35% que indica que son los derechos individuales y solamente un 3% apunta los derechos políticos como relevantes. Lo que se infiere de estos datos es que la experiencia de las necesidades básicas de la vida

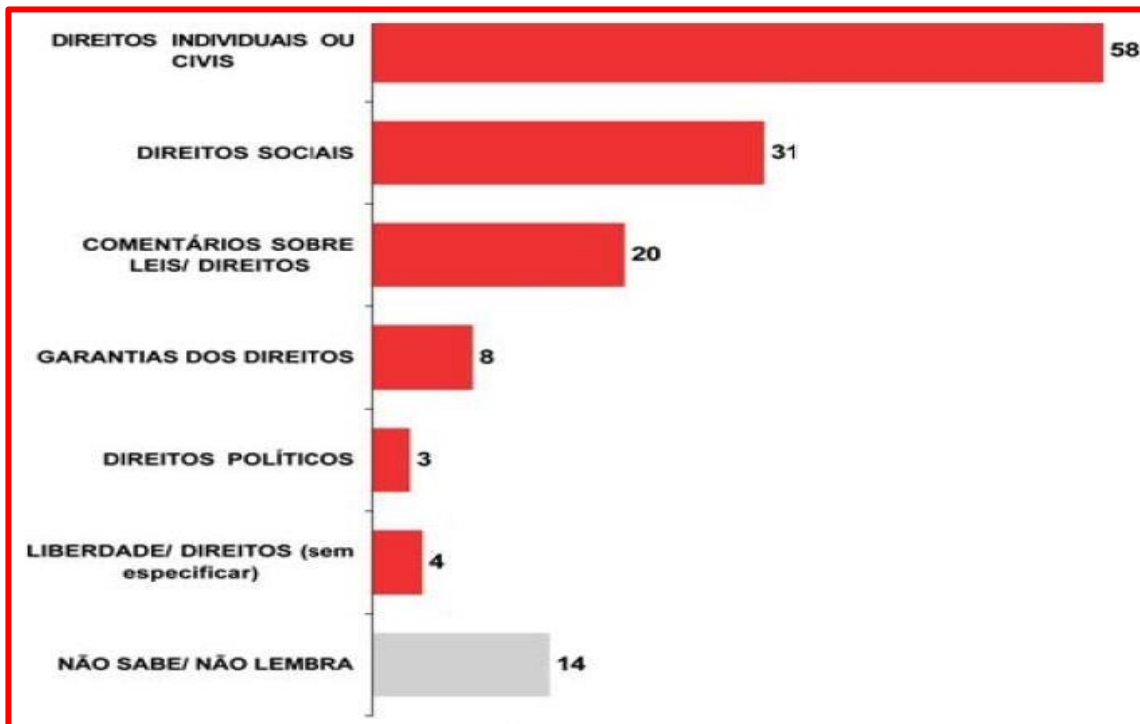
cotidiana, como el trabajo, la educación, la salud, la vivienda y otras, conforma un conjunto de demandas de derechos con mayor visibilidad por parte de la población.³⁴³ También es cierto que los derechos individuales (vida, libre circulación, de expresión y protección de igualdad ante la ley), se hacen presentes con cierta expresividad (35%) pues, como es natural, son indispensables para el ejercicio de la ciudadanía. Los derechos políticos, sin embargo, quedaron relegados a tan solo un 3%, lo que es un indicativo importante para poner de manifiesto lo difícil que resulta reconocer la democracia y la ciudadanía como valores en la cultura del país. En ese sentido, los datos presentan el ámbito de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, tal y como son percibidos por los encuestados, donde se reflejan los dilemas resultantes de la desigualdad social y del acceso a los derechos. En lo que se refiere a los derechos sociales, es relevante observar la importancia atribuida al derecho a la salud que se destaca en la encuesta por delante del derecho al trabajo y a la educación, hecho que confirma encuestas anteriores que apuntan la salud como “la riqueza del pobre” o sea, la condición previa para permitir el acceso al mundo del trabajo y de la educación.

En lo que respecta al concepto de “derechos”, se asocia primordialmente a derechos sociales (salud, educación,

³⁴³ BICALHO DE SOUSA, Nair Heloisa. “Educação em Direitos Humanos e Emancipação”, in *Direitos Humanos – Percepções da Opinião Pública*. Brasília, Secretaria de Direitos Humanos, 2010, pág. 231.

empleo) y civiles (libre circulación, seguridad, libertad de expresión) y, solamente en segundo lugar, a derechos políticos, lo que sugiere una grave laguna en la cultura política del país.

Figura 2



Con relación al concepto de “derechos humanos”, la asociación más evidente se hace con respecto a los derechos civiles (58%) y, en segundo lugar, a los derechos sociales (31%), no existiendo apenas relación con los derechos políticos(3%).

En cuanto a la transgresión de los derechos sociales,³⁴⁴ el mayor índice para la población encuestada se produce en la

³⁴⁴ Para un análisis más apurado del historico de esa transgresión véanse los textos: “La protección supranacional de los derechos humanos en América Latina”, de DELIA REVOREDO; “Libertades y garantías de los derechos humanos en América Latina”, de EUGÉNIO RAÚL ZAFFARONI; y “Direitos Humanos no Brasil”, de JOSÉ GREGORI; *in*

ausencia de un trato de igualdad entre pobres y ricos (21%), seguido de la falta de igualdad entre negros y blancos (20%), así como entre personas homosexuales y heterosexuales (17%). Un segundo grupo víctima de discriminación es el de las personas jóvenes, adultas y ancianas (13%) y el de las personas con y sin deficiencias. La falta de igualdad entre hombres y mujeres (9%) obtuvo un índice de baja importancia.

Dentro de este escenario, podemos decir que la desigualdad social y racial³⁴⁵ ocupa el puesto más alto de las acciones discriminatorias, seguida muy de cerca por la falta de reconocimiento de la igualdad entre grupos homosexuales y heterosexuales. En los cuadros que aparecen a continuación se recogen los derechos considerados más importantes y los más despreciados por los brasileños:

Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados: Justiça, realidade e utopia. Brasília, OAB, Conselho Federal, 2000, págs. 239-268.

³⁴⁵ En respecto a ese tema, ver "A defesa dos excluídos (mecanismo institucionais e fatores políticos para a defesa dos carentes" de ROBERTO GONÇALVES DE FREITAS FILHO, in OAB, ob. cit., pág 337.

Tabla 2: Derechos humanos: importantes y despreciados

Base: Total da amostra

DIREITOS MAIS IMPORTANTES				CATEGORIAS	DIREITOS MAIS DESRESPEITADOS			
1º lugar	rkg.	múl-tiple	rkg.		múl-tiple	rkg.	1º lugar	rkg.
22	2º	62	1º	Direito à igualdade entre negros e brancos	56	1º	20	2º
27	1º	55	2º	Direito à igualdade entre mulheres e homens	34	6º	9	6º
16	3º	53	3º	Direito ao tratamento igual para pobres e ricos	50	2º	21	1º
12	5º	46	4º	Direito a igualdade entre pessoas com o sem deficiências	42	3º	11	5º
13	4º	40	5º	Direito ao tratamento igual para pessoas jovens, adultas e idosas	36	5º	13	4º
6	6º	20	6º	Direito à igualdade entre as pessoas de todas etnias	14	7º	3	7º
2	7º	16	7º	Direito à igualdade entre as pessoas homossexuais e heterossexuais	38	4º	17	3º
0		0		Nenhum (espontânea)	3		3	
1		1		Não sabe	3		3	

NOTA: Los datos reflejados en esta tabla se obtuvieron mediante encuesta, en la que los participantes indicaban cuál de estos derechos consideraba el más importante en su vida y cuál creía el que menos se respetaba.

En resumen, y siguiendo las mismas conclusiones de GUSTAVO VENTURI,³⁴⁶ descubrimos en la encuesta que la mayor parte de la población brasileña, aunque manifieste un bajo grado de conocimiento de los derechos humanos en su amplitud, se inclina a (1) reconocer el carácter universal de los derechos humanos y de su relevancia para el bien común; (2) reivindicarlos incluso cuando no los denomine como tales; y (3)

³⁴⁶ VENTURI, Gustavo. "O potencial emancipatório e a irreversibilidade dos direitos humanos", in *Direitos Humanos – Percepções da opinião pública*. Brasília, Secretaria de Direitos Humanos, 2010, pág. 231.

**CAPÍTULO II: LA LEGITIMACIÓN JUDICIAL EN LA GARANTÍA
DE LOS DERECHOS SOCIALES**

apoyar las políticas dirigidas a promoverlos, siempre que se formulen.

Tabla 3: Derechos sociales: los más importantes y despreciados

Base: Total da amostra

	DIR. SOCIAIS	Saúde	Educação	Trabalho	Moradia	Outros
Peso	68%	47%	38%	26%	10%	9%
DIREITOS SOCIAIS						
Totalmente respeitado	10	8	10	12	7	9
Parcialmente respeitado	42	42	46	42	41	36
Não é respeitado	47	49	43	44	51	53
Não sabe	1	*	*	1	1	1
	DIR. CIVIS	Ir e Vir	Segurança	Lib. De Expressão	Outros	
Peso	53%	15%	12%	8%	30%	
DIREITOS INDIVIDUAIS OU CIVIS						
Totalmente respeitado	12	18	5	14	10	
Parcialmente respeitado	40	46	30	51	39	
Não é respeitado	47	35	63	31	49	
Não sabe	*	*	*	1	*	
	DIR. POLITICOS					
Peso	6%					
DIREITOS POLÍTICOS						
Totalmente respeitado	37					
Parcialmente respeitado	40					
Não é respeitado	24					
Não sabe	*					

Por fin, como en la advertencia de CANÇADO TRINDADE, los Estados son responsables por la observancia de la totalidad de los derechos humanos, inclusive los económicos y sociales. No hay como disociar – afirma el ex presidente de la Corte Internacional de Derechos Humanos – “el económico del social y del político y del cultural”.³⁴⁷

³⁴⁷ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília, Editora UNB, 1988, pág. 145

2.1.9. El garantismo social³⁴⁸ en la constitución española

“Los derechos sociales no deben ser identificados sin más con los principios rectores de la política social a punto de se concluir que aquellos tienen una importancia meramente marginal en la Constitución española...”³⁴⁹

Una explicación para la ampliación del significado del término “garantías” y para la introducción del neologismo “garantismo” fue dada por LUIGI FERRAJOLI³⁵⁰ para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales que son universales y, por ello, indispensables e inalienables. Son derechos, así, atribuidos directamente por las normas jurídicas “a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar”, sean derechos negativos, como los “derechos de libertad” –a los que corresponden prohibiciones de lesionar– o derechos positivos, como los “derechos sociales”, a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos.³⁵¹

³⁴⁸ Expresión utilizada por LUIGI FERRAJOLI para designar el conjunto de garantías, en buena medida aún ausentes o imperfectas, dirigidas a la satisfacción de los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo y otros semejantes. Conf. ob. cit.: *Democracia y Garantismo*, pág. 62.

³⁴⁹ LUIS MARIA DÍEZ-PICAZO, *in Sistema de derechos fundamentales*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2ª edición, 2005.

³⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid, Editorial Trotta, 2008, pág. 60-66.

³⁵¹ FERRAJOLI, ob. cit., pág. 61.

La Constitución española de 1978 no hizo una lectura unitaria e interdependiente de los derechos, conforme ha señalado MARTÍNEZ DE PISÓN sino que promovió una “devaluación jurídica” de los derechos sociales al considerarlos como “principios rectores de la política social y económica” mientras que, en el caso de los derechos civiles y políticos, la Carta Magna los ha colocado bajo el título de “derechos fundamentales y libertades públicas”.³⁵² Explica su opinión aludiendo que este menoscabo de los derechos sociales no sólo es una cuestión de rótulo, sino que se proyecta también en el sistema de garantías constitucionales, especialmente en el artículo 53. Así, si por un lado quedan excluidos de las garantías primarias de su apartado 1 –vinculación de los poderes públicos, reserva de ley orgánica y respeto al contenido esencial– por otro lado están fuera del apartado 2, que excluye los derechos sociales del proceso jurisdiccional, basado en los principios de preferencia y sumariedad, y del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La “devaluación” prosigue en el apartado 3 al afirmar que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. De esta manera, no habría en el Capítulo III derechos subjetivos pues

³⁵² MARTÍNEZ DE PISÓN, ob. cit., pág. 143.

los derechos sociales no serían más que “pretensiones comunitarias que la Constitución incorpora a fin de imponer o, cuando menos, de justificar determinadas políticas públicas”. Al interpretar el artículo 53.3 añade que tales derechos son “derechos legales, no derechos fundamentales ni constitucionales”. No obstante, podrán tener el puesto de una “norma programática”, o sea, servirán de directriz que puede ser o no seguida por las decisiones de los gobernantes”.³⁵³ En este mismo sentido, DÍEZ-PICAZO afirma que en cuanto a la invocabilidad directa –la aplicabilidad de un norma constitucional aunque no haya tenido desarrollo legislativo–, “sólo está expresamente excluida respecto de los llamados ‘principios rectores de la política social y económica’ (art. 53.3 CE), de manera que *sensu contrario* se predica de los derechos contenidos en el Capítulo II del Título I. Es más: la invocabilidad directa suele ser vista como un atributo de los derechos fundamentales en sentido propio”. Aun así, añade que todo ello no significa que los demás preceptos constitucionales sólo puedan ser aplicados si han sido objeto de previo desarrollo legislativo pues, muchos de ellos, especialmente en materia de organización de los poderes públicos, tienen una innegable aplicabilidad directa. Aduce, entonces, que de la afirmación del carácter normativo de la Constitución, “parece derivarse que la regla general es la aplicabilidad directa de los preceptos constitucionales,

³⁵³ MARTÍNEZ DE PISÓN, ob. cit., pág. 145, apud JIMÉNEZ CAMPO (1999: 122-124 y 128).

mientras que las excepciones vendrán dadas bien porque haya una previsión constitucional expresa, como ocurre en el art. 53.3 CE, bien porque la aplicabilidad directa resulte materialmente inviable”.³⁵⁴ Resalta, sin embargo, que aunque una primera característica de los principios rectores de la política social y económica es que, a diferencia de los derechos fundamentales, no son directamente aplicables, esto no significa “que tengan un carácter meramente programático, ya que el texto constitucional goza en su integridad de fuerza normativa (art. 9 CE). Además, el propio art. 53.3 CE, al regular el régimen jurídico de los principios rectores de la política social y económica, dispone que el reconocimiento de éstos “informará la legislación positiva”, así como la actuación judicial y administrativa. De todo lo anterior se desprende que los principios rectores de la política social y económica son sustancialmente los objetivos que deben perseguir los poderes públicos y, en definitiva, directrices para el legislador. Eso implica que las disposiciones del mencionado Capítulo III tienen, al menos, “la fuerza normativa mínima” de cualquier precepto constitucional, es decir, que pueden operar como canon de constitucionalidad de las leyes”.³⁵⁵ En esa senda, DÍEZ-PICAZO subraya cuatro puntos respecto a dichos principios rectores: 1. Los derechos sociales no deben ser identificados sin más con los principios rectores de la política social hasta el punto de concluir que aquellos tienen una

³⁵⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis María, ob. cit., pág. 56-57.

³⁵⁵ DÍEZ-PICAZO, Luís María, ob. cit., pág. 66.

importancia meramente marginal en la Constitución española;³⁵⁶ 2. La prudencia constitucional aconseja que aquellos objetivos sociales y culturales cuya plena efectividad depende de la disponibilidad financiera se configuren como meras directrices para el legislador pues esto es lo que hizo el constituyente español al introducir la categoría de los principios rectores de la política social y económica, con un régimen jurídico diferenciado del propio de los derechos fundamentales; 3. A pesar de no ser directamente invocables y, en la práctica, difícilmente utilizables como canon de constitucionalidad de las leyes, no dejan de encarnar determinados valores o bienes jurídicos constitucionalmente dignos de protección; 4. Así, tiene una notable importancia en sede de interpretación pues la presencia de valores constitucionales expresamente reconocidos facilita el funcionamiento de una técnica clave en materia de derechos fundamentales como es la ponderación.³⁵⁷ COSSÍO DÍAZ³⁵⁸ también ofrece una posible explicación de los principios rectores diciendo que tales principios, “al igual que la mayor

³⁵⁶ “Esta visión de las cosas, que es bastante frecuente –dice DÍEZ-PICAZO–, peca de simplismo. Como ya se ha comprobado, en el Capítulo III del Título I hay normas (igualdad de los hijos, investigación de la paternidad, etc.) que podrían calificarse como derechos civiles, más que derechos sociales, mientras que en el Capítulo II –e incluso en su Sección 1ª, que disfruta de protección jurisdiccional reforzada– se proclaman derechos inequívocamente sociales, como son destacadamente los relativos a la educación (art.27 CE)”, in ob. cit., pág. 67.

³⁵⁷ Para el autor, “cualquier limitación de un derecho fundamental resulta más fácil de justificar si ello redundaría en beneficio de algún otro valor de rango constitucional”. Ob. cit., pág. 68.

³⁵⁸ COSSIO DÍAZ, José Ramón. *Estado Social y Derechos de Prestación*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 260-261.

parte de las normas constitucionales, adolecen de vaguedad e imprecisión, lo que obliga a una actuación posterior de órganos y poderes públicos para concretizar y delimitar específicamente su contenido”. Además agrega que “la eficacia directa de los principios rectores [...] para distintos fines y con determinados alcances, los poderes públicos deben someter su actuación a lo dispuesto por ellos.” Por último dice que es de sobra conocido que “los particulares no pueden exigir directamente de la Constitución el cumplimiento de aquellas conductas que, impuestas a los poderes públicos, se recojan en los principios rectores” pues habrá necesidad, en este caso, de esperar a que surja una ley que precise el contenido a exigir y la vía para hacerlo para que haya una relación jurídica concreta, es decir, un derecho subjetivo.

Pero, si estos argumentos son coherentes con una lectura de la Constitución restrictiva de los derechos fundamentales y con la dogmática que se construye desde 1978, poniéndose así de acuerdo con la técnica jurídica –, al mismo tiempo no se debe obviar que desde el punto de vista filosófico, así como de todo el embasamiento de la teoría de los derechos humanos, del Estado de Derecho, sus derechos fundamentales y sus garantías – tales argumentos son ampliamente criticados. Hay incluso argumentos jurídicos de matiz constitucional y de derecho internacional incorporados al ordenamiento jurídico español que son contrarios al dogma constitucional que se ha construido hasta ahora respecto a ese asunto. Sin embargo, no

se puede ignorar las grandes dificultades de dar efectividad a los derechos sociales, dificultades que van desde la necesidad de creación de numerosa burocracia hasta el alto coste de financiación en la implementación de políticas sociales y de bienestar. Aun así, es muy importante reivindicar el estatuto de derechos fundamentales que tienen los derechos sociales, pues incluso existiendo esas dificultades es legítimo ponerlos en su lugar en la teoría de los derechos y defenderlos como auténticos derechos subjetivos.³⁵⁹ Efectivamente, en España se produce una devaluación en sede constitucional al consagrar una distinción entre categorías de derechos. MARTÍNEZ PISÓN dice que esta circunstancia es de suma gravedad, “pues no supone únicamente su devaluación, sino su irrelevancia, su no consideración como derechos, su degradación a meras expectativas morales o pretensiones subjetivas [...] lo sustrae de lo jurídico para incluirlo en el ámbito de lo político, de lo decidible y discrecional...”.³⁶⁰ A este respecto escribe CASCAJO CASTRO:³⁶¹

“No faltaron advertencias sobre los riesgos que implicaba transformar la Constitución en un programa legislativo [...] Se entendía, no sin razón, que los derechos sociales en cuanto derechos de crédito exigían no sólo la mera declaración constitucional, sino el establecimiento de los

³⁵⁹ MARTÍNEZ DE PISÓN, ob. cit., págs.145-146.

³⁶⁰ MARTÍNEZ DE PISÓN, ob. cit., pág.146.

³⁶¹ CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid, 1988, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 99.

correspondientes servicios con su respectiva previsión presupuestaria y adecuado control sobre la actividad administrativa. Ahora bien, dar cuenta de la difícil tarea que comporta desentrañar el significado jurídico de estos derechos no permite en absoluto privarlos de sus posibles medios de garantía y tutela.”

CARRILLO ³⁶² muestra una preocupación semejante al señalar, con relación a una posible doble jurisdicción, que:

“la condición de la jurisdicción ordinaria como sede natural para procurar la garantía de los derechos y libertades y la concepción, a su vez, de la jurisdicción constitucional como una vía procesal especial y extraordinaria con la misma finalidad, no es todavía una cuestión pacífica. Razón por la cual, las fricciones entre ambos órdenes jurisdiccionales no han estado ausentes del panorama jurídico constitucional de estos años. A veces, incluso, con una singular truculencia.”

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, ³⁶³ refiriéndose también a la tutela jurídica de los derechos sociales, entiende que el artículo 53.3 CE desactiva su naturaleza jurídica de los verdaderos derechos fundamentales, o sea, “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el

³⁶² CARRILLO, Marc. *La aplicación judicial de la Constitución*, in *Rev. Esp. de Derecho Constitucional*, año 24, Mayo/Agosto 2004, n. 71, pág. 74.

³⁶³ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. “El Estado Social”, in *Rev. Esp. de Derecho Constitucional*, Año 23, Septiembre/Diciembre 2003, n. 69, pág. 158.

capítulo III informarán la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Así, en el siguiente párrafo del Tribunal Constitucional puede verse, en la STC 45/1989:

“[...] hay que reconocer, en primer término, que la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el capítulo III del título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender de manera aislada el mandato de los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. No cabe excluir que la relación entre algunos de estos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género, ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucional protegida.”

De este párrafo FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR³⁶⁴ extrae las siguientes conclusiones: (1) Que el Tribunal Constitucional descarta implícitamente toda posibilidad de

³⁶⁴ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, ob. cit., pág. 160.

control jurisdiccional de la inhibición legislativa; es decir, la omisión plena; (2) Que considera improbable el control de la omisión parcial; es decir, una norma legal incompleta; (3) Que dentro de esa improbabilidad sólo abre posibilidades cuando hay una directa vinculación entre los principios rectores y algún derecho fundamental, singularmente el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Más adelante añade que los derechos sociales en la Constitución española son elementos informadores del ordenamiento, con indudable valor interpretativo. En segundo lugar, su condición de mandatos al legislador es más difícil de construir jurídicamente; descartado el control jurisdiccional de la omisión total, “el control de la omisión parcial y de las sentencias aditivas sólo es operativo en directa conexión con un derecho fundamental y, básicamente, con el derecho a la igualdad que, como se sabe, carece de entidad sustantiva propia y opera siempre en el contexto de una relación jurídica preexistente”.

No obstante, los derechos sociales en España, por medio de los “principios rectores”, han adquirido por vía de hecho plena vigencia y, “hasta puede decirse, una cierta normatividad” lo que puede parecer un poco paradójico. Además, la ponderación de los artículos 9.2 y el 14 equilibran el desacertado capítulo sobre los principios rectores y la regulación del artículo 53 pues establecen la eliminación de los obstáculos para hacer real y efectiva la libertad y la igualdad del individuo. Aunque restrictivamente y de manera indirecta,

el Tribunal Constitucional, como hemos visto, entiende que de la ponderación de estos dos artículos se permite inferir un fundamento constitucional de los derechos sociales (STC 45/1989 y 222/1992).³⁶⁵ Por su parte, PÉREZ LUÑO³⁶⁶ refuerza esta posición al afirmar que

“en la Constitución española de 1978 los derechos sociales se hallan diseminados en los distintos Capítulos y Secciones del Título I, así como en otros sectores de la Constitución, por lo que su ámbito no coincide exactamente con el “De los principios rectores de la política social y económica” del Capítulo 3º, si bien el núcleo fundamental de nuestro catálogo de derechos sociales se halla en dicho Capítulo 3º”.

En su trabajo más reciente, PÉREZ LUÑO³⁶⁷ completa su argumentación aduciendo que, según se desprende del artículo 161, 1, a), el Tribunal Constitucional tiene plena competencia para declarar la inconstitucionalidad de cualquier disposición legal que contradiga la Constitución, de la que forman parte todos los artículos integrados en el Capítulo 3º del Título I. Por otro lado, los jueces ordinarios están obligados a: remitir al Tribunal Constitucional las cuestiones referentes a la posible inconstitucionalidad de las normas legales aplicables a sus fallos (art.163); interpretar y aplicar todo el

³⁶⁵ MARTÍNEZ DE PISÓN, ob.cit., pág. 147

³⁶⁶ PÉREZ LUÑO, in *Los derechos fundamentales*, ob. cit., pág.187

³⁶⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La tercera generación de derechos humanos – la positividad de los derechos sociales*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, pág. 315

ordenamiento jurídico conforme a la Constitución (art.9.1); y tutelar el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de todas las personas (24.1). Refuerza también la plena normatividad y la garantía de todos los derechos integrados en el Título I, la posibilidad de denunciar sus violaciones administrativas ante el Defensor del Pueblo (art.54 CE). De ello se deduce – finaliza el iusfilósofo de Sevilla – el carácter normativo de la plena vinculación de todos los preceptos recogidos en el Capítulo 3º que se les pueda relegar (aunque la infeliz expresión terminológica del art. 53.3 parezca sugerirlo) a meros principios programáticos.

De hecho, el Estado español firmó y ratificó no sólo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estando, por lo tanto, sujeto a los compromisos ahí previstos y contraídos una vez que estos y otros tratados son parte del ordenamiento jurídico, no sólo por las normas de recepción del derecho internacional sino, principalmente, por fuerza del artículo 10.2 que asevera: “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España”. O sea, son parte integrante del ordenamiento jurídico y así debe ser interpretado, lo que le hizo decir al profesor de la Universidad de La Rioja que “los derechos sociales deben ser

considerados como algo más que meras pretensiones subjetivas, reclamaciones o exigencias morales objetos de la presión o de la negociación política puntual”. Así, apuesta por una teoría de las necesidades como una poderosa razón para una fundamentación Inter-subjetiva.³⁶⁸

Es importante subrayar en este punto que el Estado social y democrático de derecho postulado por la Constitución española debe promover una acción positiva de los poderes públicos tendente a eliminar los obstáculos de orden económico, social y cultural que impidan la plena expansión de la persona humana pues, “en este modelo de organización política no cabe una ruptura entre libertades individuales y derechos sociales, porque en su seno los derechos sociales son derechos de libertad; porque estos derechos, lejos de entrañar la negación de las libertades, representan su desarrollo y su extensión a todos los ciudadanos”.³⁶⁹ En su magistral lección, PÉREZ LUÑO³⁷⁰ es tajante al afirmar que

“la libertad sin igualdad no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos y a la no-libertad de muchos; mientras que la igualdad sin libertad no conduce a la democracia, sino al despotismo, o sea, a la igual sumisión de la mayoría a la opresión de quien detenta el poder”.

³⁶⁸ MARTÍNEZ DE PISÓN, ob. cit., pág. 148.

³⁶⁹ PÉREZ LUÑO, in *Los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 214-215.

³⁷⁰ PÉREZ LUÑO, in *Los derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 215.

No obstante, hay que reconocer el carácter controvertido de la inclusión de los derechos sociales en España como derechos fundamentales, pese al esfuerzo de consagrados adoctrinadores en este sentido. PÉREZ LUÑO, por ejemplo, señala el camino para firmar el carácter jurídico-fundamental de los derechos sociales por un criterio material e integrador del sistema de derechos fundamentales de la Constitución española, en contraposición al criterio formalista y restrictivo que es, según el autor, la tesis predominante de la doctrina “...y acogida en alguna decisión del TC que circunscribe el catálogo de los derechos fundamentales a aquellos proclamados en el Capítulo II del Título I, o, incluso, desde las posturas más restrictivas, a los derechos reconocidos en el art. 14, Sección 1ª de dicho Título I.”³⁷¹ Aduce, entonces, que los derechos del Capítulo III del Título I (principios rectores de la política social y económica) poseen todas las características para ser considerados como derechos fundamentales ya que : (1) se trata, en efecto, de derechos humanos que han sido positivados en la Constitución y que gozan de las garantías jurídicas anteriormente expuestas; (2) la categoría de los derechos fundamentales posee un significado “cualitativo” pues se trata de los derechos humanos positivados constitucionalmente, aunque “la cantidad” de instrumentos jurídicos previstos para reforzar su tutela sea muy variada; (3)

³⁷¹ Según PÉREZ LUÑO, estas tesis de carácter formalista y restrictivo hallan apoyo en la protección reforzada prevista en el art. 53.1 y 2 CE para los derechos contenidos en esas respectivas sedes. Ob. cit., pág. 316.

a favor de la consideración de los derechos sociales como fundamentales en la Constitución, se puede alegar su inserción en el Título I que trata “De los derechos y deberes fundamentales”; (4) la Constitución define todos los derechos y deberes contenidos en el Título I como fundamentales y alude textualmente al rotular el Capítulo 4º de dicho Título a las “garantías de las libertades y derechos fundamentales”, detallando allí los respectivos instrumentos de protección de los derechos recogidos en los distintos capítulos y secciones del Título I. La conclusión de PÉREZ LUÑO es que la diferencia de medios de tutela no implica negar la condición de derechos fundamentales a todos los que integran el Título I,

“sino el reconocimiento realista por parte del constituyente español de los diferentes presupuestos económico-sociales y técnico-jurídicos que concurren en la respectiva implantación de las libertades individuales, para la que basta con la no injerencia del Estado o con su mera actividad de vigilancia, y de los derechos económicos, sociales y culturales, que exigen una función activa del Estado a través de los correspondientes servicios públicos o prestaciones.”³⁷²

PÉREZ LUÑO entiende que los “principios rectores de la política social y económica” no tienen el carácter de meros postulados ideales programáticos, pues los considera

³⁷² Ob. cit., pág. 317.

auténticos principios constitucionales, y, como tales, suponen “esferas de normatividad jurídica positiva” que irán adquiriendo “efectividad progresiva” en la medida en que el desarrollo y transformación de las condiciones económicas permitan complementar “la democracia política con la democracia económica y social”. Reconoce, no obstante, que “la estrecha dependencia de los derechos sociales de las estructuras socio-económicas sobre las que se construyen puede servir de explicación a las ambigüedades de la formulación positiva constitucional.”³⁷³ Y esto ocurre, sin embargo, tanto en España como en Brasil, como veremos más adelante.

2.1.10. El garantismo social en la Constitución brasileña

En Brasil, de manera semejante a España, teniendo en cuenta la redacción del párrafo 1º del artículo 5º de la Constitución brasileña,³⁷⁴ la cual dispone que “las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”, surge una primera cuestión: ¿son los derechos sociales en Brasil derechos fundamentales, y por lo tanto derechos de aplicación inmediata, o solamente pueden

³⁷³ Ob. cit., pág. 318-319.

³⁷⁴ Artículo 5º, § 1º de la CF brasileña: “Las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”.

considerarse como tales los catalogados en el capítulo I (De los Derechos y Deberes Individuales y Colectivos)? Se constata, *ab initio*, que el catálogo de “Derechos y Garantías Fundamentales” se encuentra en el título II de la Constitución federal brasileña, inmediatamente a continuación de los “Principios Fundamentales” del título I. De esta manera, los derechos sociales (estos insertados en el artículo 6° del Capítulo II), no se incluyeron en el dominio de los “Derechos Individuales y Colectivos”, especificados en los setenta y siete incisos del artículo 5°. Por ello, para MACHADO HORTA³⁷⁵ “la complementación legal, cuando es inexistente la ley aplicable, suscita el problema de la eficacia de los derechos sociales”, y que “el no relleno del vacío legal” o la demora en la elaboración de la norma, al proceder de forma omisa, caracteriza una especie de “reforma silenciosa de la Constitución”. Se debe resaltar además que, en el capítulo de los derechos sociales, la Constitución brasileña hace catorce remisiones a la ley entregando de esta forma al legislador ordinario la complementación de la regla constitucional: “en los términos de la ley”; “en la forma de la ley”, etc.

Este tema, sin embargo, bien planteado por WEIS,³⁷⁶ puede resumirse de la siguiente forma: aun cuando

³⁷⁵ MACHADO HORTA, Raúl. “Constituição e Direitos Sociais”, Minas Gerais, *Rev. Bras. de Estudos Políticos*- nº 86, jan. de 1998 – Ed. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

³⁷⁶ WEIS, Carlos. “O Pacto Internacional dos Direitos Humanos, Econômicos e Sociais”, *in Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*. São Paulo, publicação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pág. 309, out/1998.

"topográficamente" esta norma sea un párrafo del artículo 50, por su propia redacción "no se aplica a él únicamente", ya que en el § 1º del art. 5º se usa la misma terminología del Título II de la Constitución: Derechos Fundamentales, aquí comprendidos los derechos individuales, colectivos y difusos. KRELL,³⁷⁷ en un trabajo específico sobre el control judicial de los derechos sociales, también es de la opinión de que esos derechos en Brasil son fundamentales. Al interpretar esta misma disposición, AFONSO DA SILVA, interpreta el § 1º del art. 5º como una "norma síntesis" de la concepción constitucional: "los derechos humanos – incluidos los derechos fundamentales – sólo cumplen su finalidad si las normas (que los expresen) tienen efectividad". Por otro lado, al abordar la eficacia de la norma programática en un estudio ampliamente utilizado en el Brasil, AFONSO DA SILVA³⁷⁸ establece las normas programáticas como una de las dos categorías de normas que poseen eficacia limitada, conceptuándolas como

“aquellas a través de las cuales el constituyente, en vez de regular, directa e inmediatamente, determinados intereses, se limitó a trazarles los principios a ser cumplidos por sus órganos (legislativos, ejecutivos, jurisdiccionales y administrativos), como programas de

³⁷⁷ KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre, Fabris Editor, 202, pág. 49

³⁷⁸ AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, Editora Malheiros, 3ª. Edição, 1998.

las respectivas actividades, buscando la realización de los fines sociales del Estado".

De esta manera, si entendemos los derechos sociales en virtud de la Constitución brasileña como "derechos fundamentales" en el sentido de que se les aplica el § 1º del artículo 5º de la CF, debemos entonces concluir parcialmente que las normas constitucionales pertinentes son, en un sentido simplificado, autoaplicables en el caso de los derechos de defensa y de participación, lo que no anula, ciertamente, su elevada carga programática de exigir mediante la propia previsión constitucional, cuando sea el caso, la interposición legislativa infraconstitucional a fin de conferirles plena eficacia (sobre todo en lo que se refiere a las prestaciones materiales del Estado). Hay, no obstante, una excepción que debe aplicarse a los casos que exijan la garantía de prestaciones materiales del Estado para la concesión de un patrón elemental de dignidad en el que no se puede aceptar la omisión estatal bajo ningún tipo de régimen político, haya o no la necesidad de interposición legislativa, puesto que en estos casos la cuestión deja de ser, desde una perspectiva jurídica, una cuestión meramente tecnicista para situarse en el ámbito de la praxis *iusnaturalista*.³⁷⁹ Sin embargo, este aspecto está

³⁷⁹ ARI MELLO, conf. ob. cit., págs. 281-282, aduce que INGO WOLFGANG SARLET, al interpretar el parágrafo 1º del artículo 5º de la Constitución Federal (que determina la autoaplicabilidad de las normas que definen derechos fundamentales), lo hace basándose en la norma de principio en el sentido que le presta la teoría de las normas de DWORKIN y ROBERT ALEXY: "primero porque resalta el carácter necesariamente argumentativo de la actuación judicial destinada a la concreción de los derechos

todavía lejos de ser aceptado unánimemente por la doctrina, sobre todo en función de cierta confusión conceptual que aún se produce.

Entonces, mientras que BONAVIDES,³⁸⁰ basándose en la teoría del valor normativo de los principios de ALEXY,³⁸¹ menciona que la cara moderna de las Constituciones es sin lugar a dudas la “Constitución programática” –en el sentido de

sociales; segundo, porque remite a la verificación de la viabilidad de concreción del derecho a los factores, condiciones y circunstancias del caso concreto, cuyo examen se hará a través de un juicio de ponderación guiado por el entendimiento y por el esfuerzo de privilegiar a los mejores argumentos, a la luz de las posibilidades económicas, sociales y administrativas subyacentes al problema”.

³⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros Editores, 1997, 7ª. edición, pág. 218.

³⁸¹ Conf. ROBERT ALEXY, pág. 86: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. [...] Bajo otro enfoque: “...aun cuando todas las normas de derecho fundamental directamente dictadas tuvieran exclusivamente carácter de principios –algo que, como se mostrará, no es así– existirían entre las normas de derecho fundamental tanto algunas que son principios como otras que son reglas. Estas últimas observaciones conducen ya a la aplicación de la teoría de los principios a la teoría de la norma iusfundamental (ob.cit., pág. 98). O también: “El Tribunal Constitucional Federal ha interpretado el catálogo de derechos fundamentales como expresión de un sistema de valores ‘que encuentra su punto central en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad’. A la luz de la teoría de los principios, esto debe ser interpretado en el sentido de que el catálogo de derechos fundamentales expresa, entre otras cosas, principios que exigen que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente en la comunidad social, lo que presupone una cierta medida de libertad fáctica”. (ob. cit., pág. 489). De forma concluyente: “Cuando hay que pasar del amplio mundo del deber ser ideal al estrecho mundo del deber ser definitivo o real, se producen colisiones o, para usar otras expresiones frecuentes, tensiones, conflictos y antinomias. Es entonces inevitable sopesar principios contrapuestos, es decir, hay que establecer relaciones de preferencia”. (ob. cit. pág.133). ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales* (trad. Ernesto G. Valdez), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

su juridicidad normativa—, RUBENS DA COSTA³⁸² afirma que no es más admisible la teoría de las normas programáticas, puesto que todo el derecho constitucional es norma jurídica directamente aplicable, principalmente en el aspecto de los derechos fundamentales y que el simple enfoque de la protección de la dignidad demuestra la validez de la afirmación. ROBERTO BARROSO,³⁸³ en una postura intermedia, opina que las normas constitucionales programáticas transfieren principios, desde luego observables, o trazan fines sociales a ser alcanzados por la actuación futura de los poderes públicos. Lo que quiere decir es que no generan derechos subjetivos en su versión positiva, pero los generan en su carácter negativo. Por otra parte, es evidente que un "estándar mínimo" podría, sin mayores problemas, ser ordenado por parte del Poder Judicial, lo que no sucede debido simplemente a motivos ideológicos y no jurídico-rationales. Aun cuando se reconozca totalmente que una Constitución tiene en su esfera organizativa normas auto-aplicables y normas no auto-aplicables,³⁸⁴ según PIOVESAN³⁸⁵ esta es

³⁸² RUBENS DA COSTA, José. "O Mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais", in *Estudos de Direito Processual Constitucional*. São Paulo, Editora Saraiva, 1990.

³⁸³ ROBERTO BARROSO, Luís. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo, Editora Saraiva, 1996, pág. 228.

³⁸⁴ Entre otros: ARI MELLO, Cláudio. "Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito", in *Revista de Direito Administrativo*, Rio, abr. /jun. 2001, pág. 252, para quien las constituciones regulan simplemente la organización básica del poder estatal, por compleja que sea la estructura del aparato público, y como su propia concepción políticojurídica de obra seminal del ordenamiento jurídico le prohíbe la regulación detallada de la vida social, es inevitable el recurso a preceptos cuya eficacia remita a una posterior actuación complementaria del legislador ordinario.

perentoria en materia de derechos sociales al exponer en sus lecciones que la no *accionalidad* de los derechos sociales es meramente ideológica y no científica. Aduce que la insistente afirmación de que las Cortes son incompetentes para tratar políticas sociales, parece ignorar su histórica y continua intervención en esta área, puesto que las Cortes crean políticas sociales, no solamente cuando interpretan la Constitución sino también cuando interpretan legislaciones del Derecho económico, laboral y ambientalista, entre otros, así como en sus resoluciones en disputas privadas. En otra dirección, NEVES³⁸⁶ analiza, con una exacerbada crítica, que muchas normas constitucionales sobre derechos sociales no poseen un mínimo de condiciones para ser efectivas y que las mismas sirven solamente como *alibi* para forjar imágenes de un Estado que demuestra preocupación normativa por “los problemas reales de la sociedad”, y que, por lo tanto, desempeñan “una función preponderantemente ideológica”, ya que constituyen “una forma de manipulación o de ilusión que hace inmune al sistema político contra otras alternativas”.

En este punto, nos valemos de HESSE,³⁸⁷ quien, a pesar de reconocer que la pretensión de eficacia de la norma jurídica no puede ser separada de las condiciones históricas de su

³⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2ª edição, 1997, pág.198.

³⁸⁶ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*, 1994, págs. 37 y ss., 49 y ss., y 92, apud KRELL, ob. cit., pág.28.

³⁸⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre, Fabris Editor, trad. de Gilmar Mendes, 1991, pág. 11-16.

realización, señala, sin embargo, que la Constitución real y la Constitución jurídica se encuentran en una relación de coordinación, condicionándose mutuamente, pero sin depender la una de la otra. La Constitución sólo adquiere *fuerza normativa* –afirma– a partir del momento en que consigue realizar esta pretensión de eficacia. Por lo tanto, la interpretación tiene una importancia decisiva para "la consolidación y la preservación de la fuerza normativa de la Constitución", toda vez que ella deberá considerar el sentido de la proposición normativa, "dentro de las condiciones reales dominantes en una determinada situación". Sin embargo, el jurista de Freiburg enfatiza que "si el sentido de una proposición normativa ya no puede ser realizado, la revisión constitucional se presenta inevitable. De lo contrario, se produciría la supresión de la tensión entre norma y realidad con la supresión del propio derecho".³⁸⁸

En la Constitución brasileña, las normas programáticas, que son las que regulan los derechos sociales, se distinguen por el contenido y por la eficacia diferida, puesto que son normas obligatorias y, "como normas que definen los derechos y garantías fundamentales" (*in casu*, conforme a la Constitución, art. 5º, § 1º), "se someten al principio de la aplicación inmediata, que contiene el mandato dirigido al legislador ordinario, en los casos dependientes de la

³⁸⁸ Ob. cit., pág. 23.

complementación legal”.³⁸⁹ Es verdad que desde el punto de vista de la eficacia de la norma constitucional la separación entre normas constitucionales autoaplicables y normas *no* autoaplicables se constituye en un "antecedente de la actual concepción de las normas constitucionales programáticas”,³⁹⁰ de ahí que la concepción político-jurídica de una "obra seminal del ordenamiento jurídico" como la Constitución, haga inevitable "el recurso a preceptos cuya eficacia nos remite a una posterior actuación complementaria del legislador infraconstitucional". Por ello –sentencia ARI MELLO–,³⁹¹ una Constitución siempre tendrá, en la esfera organizativa, normas autoaplicables y normas no autoaplicables y que el problema de elección entre esas normas "es, ante todo, un problema de la tensión entre el proyecto constitucional y la técnica

³⁸⁹ MACHADO HORTA, ob. cit., pág. 36.

³⁹⁰ MACHADO HORTA, ob. cit., pág. 34.

³⁹¹ ARI MELLO, Cláudio. *Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Rev. Dir. Administrativo, abr./jun. 2001, 224: 239-284, pág. 253. Conf. ARI MELLO, en bien elaborada síntesis sobre el tema, (ob. cit., pág. 252) "Las características de la Constitución norteamericana determinaron una gramática interna caracterizada por normas cuya eficacia jurídica era inmediata, y otras cuya eficacia jurídica quedaba, en el texto constitucional, diferida hacia la elaboración legislativa infraconstitucional. La comprensión de esa dualidad llevará a la doctrina a conceptuar los tipos de norma, en lo tangente a su aplicabilidad directa, en *self executing* y *not self executing*, expresiones ampliamente difundidas en el Derecho Constitucional brasileño desde el Siglo XIX, principalmente por influencia de Rui Barbosa, y que fueron traducidas como leyes autoaplicables y no autoaplicables, aún hoy en día muy utilizadas en la jurisprudencia, y suficientes en sí mismas y no suficientes en sí mismas".[...] "De cualquier modo, la clasificación dicotómica entre normas constitucionales autoaplicables y no autoaplicables tuvo larga hegemonía en el Derecho Constitucional brasileño y, aún hoy, a pesar de ser considerada como científicamente superada, frente a su excesiva simplicidad, es frecuentemente utilizada en la interpretación constitucional, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, por cierto en pleno predominio del positivismo legalista de matriz privatista en el escenario jurídico nacional, así como en el ámbito del Derecho Público. No hay duda, que esa simplicidad no responde correctamente al fenómeno de la eficacia de las normas existentes en las constituciones modernas".

constitucional disponible". Sin embargo, pondera, desde luego, que en lo que respecta a las normas de derechos fundamentales la cuestión no dice nada sobre la técnica constitucional, pero sí sobre las "disputas generadas en el ámbito de la teoría constitucional y de la ciencia política, y que están fuertemente marcadas por posiciones ideológicas". Se transita, entonces, en este campo, por las fronteras de lo jurídico y lo político, entre lo político y lo económico y entre lo jurídico y lo económico, el enfrentamiento entre la fuerza normativa de la constitución y los factores reales de poder, la legitimidad democrática del poder judicial, el papel del principio mayoritario en la distribución de los derechos fundamentales, el carácter contramayoritario de la tutela judicial de los derechos fundamentales.³⁹²

En esta línea, MIRANDA³⁹³ enseña, en reflexiva posición, que la norma programática permite al ordenamiento constitucional una cierta elasticidad ya que da una oportunidad a la actuación de la Constitución mediante la intervención del poder legislativo. Por lo tanto, entendemos que la omisión del legislador o, en caso de que no exista ésta, la omisión del propio Ejecutivo en la implementación de políticas sociales equilibradas con los principios constitucionales y con la legislación pertinente –o incluso con ambas– puede (y debe)

³⁹² ARI MELLO, ob. cit., pág. 253.

³⁹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra, Coimbra Editora, 1981, Vol. I, Tomo II, pág. 535.

ser suplida (esta omisión) por la acción del Poder Judicial, mediante los instrumentos procesales de garantía, conforme veremos más adelante. En el caso de que fallaran todos los instrumentos de control, habría que preguntarse, como hizo BOBBIO,³⁹⁴ provocativo, si un derecho puede seguir siendo considerado como tal cuando su reconocimiento y su efectiva protección son postergados *sine die*, además de confiados a la voluntad de sujetos (gobernantes), para quienes la obligación de ejecutar el "programa" es apenas una obligación moral o, como mucho, política.

Según lo expuesto, y a fuerza de lo que dispone el § 1º del artículo 5º de la CF brasileña, en comparación con el ítem quinto, parte primera, de la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena (1993), la cual, como vimos, proclama que "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados", se tiene como conclusión lógica que las normas que definen los derechos económicos, sociales y culturales deben ser interpretadas en el sentido de garantizarles aplicación inmediata generando, de esta forma, derechos a sus titulares.

Por otra parte, pido permiso a quienes lo entienden de otro modo para decir que en Brasil la efectividad de las normas programáticas en el campo de los derechos sociales no podrá

³⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992, traducción de Carlos Nelson Coutinho, pág. 78.

ser mitigada por la ausencia o la debilidad de las políticas públicas y sin que haya cualquier responsabilidad del agente político por omisión constitucional. Implica, además, reconocer que hay un derecho subjetivo a los derechos fundamentales sociales aun cuando no exista ninguna intermediación infraconstitucional, ya que los derechos sociales en la Constitución brasileña, contemplados por su § 1º, art. 5º, dispone que "las normas que definen los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata".³⁹⁵ Se deduce también de este dispositivo constitucional que una política social ineficiente en la implantación y en los resultados puede y debe ser objeto de un efectivo control judicial, como veremos en el capítulo sobre esta materia. Además, es importante conceptuar, en función de cada realidad socioeconómica, los criterios de lo que llamaríamos "estándar elemental de dignidad humana", con el objeto de evaluar el nivel de garantía judicial que viene siendo dado al contenido mínimo de los derechos sociales.³⁹⁶

³⁹⁵ Conf. ARI MELLO (ob. cit., pág. 281), INGO WOLFGAND SARLET interpreta el párrafo 1º del art. 5º de la Constitución Federal como una norma de principio, en el sentido de la teoría de las normas de DWORKIN y ROBERT ALEXANDER.

³⁹⁶ "En caso de existir varias posibilidades de interpretación de la norma – se escoja aquella que sea conforme con la Constitución y se rechace la que sea contraria a ésta". Según IGNACIO DE OTTO tal principio ha sido proclamado repetidas veces por el Tribunal Constitucional y se encuentra expresamente consagrado en la Ley Orgánica de Poder Judicial: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos" (art.5.1). – OTTO, Ignacio, *in Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona, Editorial Ariel, pág. 79-80.

No obstante la complejidad de la materia y de las doctas y respetables opiniones divergentes, pido permiso para concluir, entonces, este tópico, afirmando que (1) Hay derecho público subjetivo-social en Brasil, especialmente respecto al estándar elemental de derechos, en contraste con su necesaria conformación a los imperativos de justicia social preconizado en su Carta política; (2) El § 2º del artículo 208 de la Constitución brasileña sería una especie de “norma síntesis” para los derechos sociales, al establecer que “El acceso a la enseñanza obligatoria es gratuito y es un derecho público subjetivo”. La razón es que no lo sería solamente para la educación, especialmente si consideramos que: a) la interpretación de los derechos expresos en los Pactos debe ser la más amplia posible; b) “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y interrelacionados”, de acuerdo con la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos de Viena (1993).

Así pues, conviene estudiar la efectividad de las normas sociales en Brasil a la luz de lo consagrado en el art. 5º, XXXV y el art. 208, § 1º,³⁹⁷ sin perder de vista la advertencia de

³⁹⁷ ART.208. El deber del Estado para con la educación se realizará mediante la garantía de: [...] Párrafo 1º: el acceso a la enseñanza obligatoria es gratuito y es un derecho público subjetivo.

ARENDDT,³⁹⁸ todavía actual medio siglo después de su formulación, según la cual

“[...] la dignidad humana precisa de una nueva garantía, que se encuentra sólo en los nuevos principios políticos y en una nueva ley de la tierra, cuya vigencia, esta vez, alcance a toda la humanidad, pero cuyo poder debe permanecer estrictamente limitado, establecido y controlado por entidades territoriales nuevamente definidas.”

Esa dignidad mereció la siguiente reflexión de ALEXY:³⁹⁹ “El Tribunal Constitucional Federal ha interpretado el catálogo de derechos fundamentales como expresión de un sistema de valores que encuentra su punto central en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad. A la luz de la teoría de los principios, esto debe ser interpretado en el sentido de que el catálogo de derechos fundamentales expresa, entre otras cosas, principios que exigen que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente en la comunidad social, lo que presupone una cierta medida de libertad fáctica.”

³⁹⁸ ARENDDT, Hannah. “O declínio do Estado-nação e o fim dos direitos do homem” *in* *Origens do totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

³⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales* (trad. Ernesto G. Valdez), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 489.

Ahora bien, la adecuada comprensión de ese “sistema de valores” reflejados en el catálogo de derechos fundamentales, sin duda merece el análisis de los tribunales al decidir sobre la aplicación de las normas programáticas (insertándolas en el contexto de la realidad social) y por la efectiva garantía judicial en lo concerniente a las llamadas prestaciones positivas del Estado.

Aunque en España no haya derecho subjetivo a los derechos sociales según el texto constitucional, podrán ser alegados “ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (53.3 CE). Sin embargo, entiendo que es posible que para garantizar el mínimo necesario el TC español siga la jurisprudencia alemana, en el sentido de que “del principio de la dignidad humana, en conjugación con el principio del Estado social resulta una pretensión a las prestaciones que garantizan la existencia”, incluyendo en la garantía del mínimo de existencia “las prestaciones sociales suficientes”. Además, ante la ponderación de los artículos 9.2 y el 14 los cuales establecen la eliminación de los obstáculos para hacer real y efectiva la libertad y la igualdad del individuo es posible acercarse, tomando como base una interpretación amplia, a los derechos subjetivos en materia de derechos sociales.

ALGUNAS IDEAS – Por todo lo que se ha visto en este trabajo, el papel del Poder Judicial en el control de la garantía de la eficacia de los derechos sociales fundamentales ocupa, en

los estados sociales y democráticos de derecho, una dimensión extraordinaria, considerándose también que:

El derecho oficial siempre estuvo preparado para resolver cuestiones interindividuales pero nunca las colectivas, rancio jurídico que también ha perjudicado el alcance del derecho a los sectores más desfavorecidos. Los tribunales constitucionales, como órganos del poder estatal, tienen, en materia de derecho fundamental, un papel eminentemente político al incluir a sus jueces en un proceso de creación⁴⁰⁰ activa de las condiciones sociales en la comunidad y al buscar soluciones exigidas por los fines e intereses sociales. De la misma manera que emiten una censura pública contra la

⁴⁰⁰ En la conocida tesis de RONALD DWORKIN el juez no crea derecho, sino que es un buen conocedor del mismo y de sus fundamentos morales, y está dotado de cualidades como erudición, conocimiento profundo del ordenamiento jurídico, habilidad, paciencia y perspicacia. Sobre todo en los casos difíciles, el juez en su decisión se ve en la obligación de trascender las leyes y atender las fuentes auxiliares, especialmente los principios generales del derecho (general principles of law). Incluso, el juez tiene que llevar el derecho al diálogo con otras disciplinas (economía, sociología) al resolver los casos difíciles. Para DWORKIN el derecho jamás es incompleto o indeterminado y, por ello, el juez nunca tiene oportunidad de salir del derecho y de ejercer un poder de creación del derecho para proferir una decisión. HART, en contra, entiende que el derecho puede presentarse parcialmente indeterminado o incompleto. En esos casos el juez debe ejercer su poder de arbitrio y "crear" derecho para el caso en examen, valiéndose de principios jurídicos, en vez de aplicar meramente el derecho establecido preexistente. "Así, en casos jurídicamente no previstos o no regulados, el juez crea derecho nuevo y aplica el derecho establecido que no solo confiere, pero también restringe sus poderes de creación del derecho". Conf. L.A.HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edición, 2001, pág. 335 y ss. del título original *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961.

omisión legislativa tienen el poder-deber de obligar al Ejecutivo reacio a prestar la obligación ineludible.⁴⁰¹

Los Estados sociales y democráticos solo podrán subsistir como tales en el caso de que promuevan la igualdad de oportunidades en el acceso a los bienes primarios de la colectividad, incluso mediante medidas judiciales aseguradoras. En este paso, la hermenéutica constitucional debe considerar, una vez evaluadas las circunstancias, una efectiva interrelación entre democracia, desarrollo y derechos humanos.⁴⁰²

La construcción de derechos subjetivos a prestaciones materiales, puede hacerse a partir de la judiciabilidad de las políticas gubernamentales. Para ello se debe alejar la pretensión de "neutralidad política" del Poder Judicial, con

⁴⁰¹ Preocupado con la posibilidad de una "creación libre del derecho", J. LAPORTA por ocasión de su conferencia en la Escuela Judicial (27.6.2000) en Madrid, a invitación de LUIS DIEZ-PICAZO, ha dicho que: "El Estado de derecho es primariamente el imperio de un derecho preestablecido que gobierna el fallo o la decisión de cualquier autoridad del sistema, también de la autoridad judicial. Por ello, aún en el supuesto de que la premisa mayor se extraiga dificultosamente de ese variopinto depósito de derecho que he llamado "derecho implícito", no puede obtenerse de forma tal que sea una pieza extraña por entero al conjunto; tiene que ser una pauta que encaje con coherencia en el sistema explícito, que tenga entre otros controles de calidad el de no ser contradictoria con alguna de las normas ya establecidas de antemano. Y también que sus consecuencias aplicativas puedan ser "queridas" por ese sistema, que no genere en su aplicación situaciones que el sistema de derecho explícito no habría pretendido nunca." – Conf. FRANCISCO J. LAPORTA, in digitool-uam.greendata.es

⁴⁰² Para GOMES CANOTILHO, "la efectivación real de la libertad constitucionalmente garantizada no es hoy sólo tarea de la iniciativa individual, pues es suficiente hacer notar que, incluso en el campo de las libertades clásicas (por no hablar de los derechos sociales, económicos y culturales), no es posible la garantía de la libertad sin intervención de los poderes públicos" – GOMES CANOTILHO, J.J., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Dykinson, 2003, pág. 67.

jueces "racionales, imparciales y neutros" que apliquen el derecho legislado de manera "lógica-deductiva".⁴⁰³

Así, al lado de su función preponderante – que es la de juzgar – debe adquirir importancia y valoración en su función atípica, pero no menos importante y legítima, que es la de establecer,⁴⁰⁴ para que pueda compartir con los demás poderes la promoción del bienestar social (art. 3° de la CF brasileña) y la realización de la justicia social. En este sentido, la actividad jurisdiccional debe integrar los elementos jurídico, sociológico y político, puesto que los tribunales, al decidir sobre los derechos sociales constitucionalmente tutelados, acaban decidiendo las bases de la organización social.

El principio de la proporcionalidad, anclado en la dignidad de la persona humana, debe prevalecer sobre los demás principios que, en la sede de la aplicación de los derechos sociales fundamentales, no podrán tener la misma

⁴⁰³ En opinión de ALEJANDRO NIETO, en contra a la tesis de J. LAPORTA, lo que hay es un "engaño institucionalizado": afirma ese autor que "por razones ideológicas" el "Estado no puede admitir que sus órganos judiciales decidan por causas distintas de la racionalidad legal, que es la única que les legitima. De la misma manera que los jueces se sentirían lastimados en su dignidad personal si se atribuyeren causas no jurídicas a sus resoluciones. Para que el mundo viva en orden es imprescindible que los comportamientos humanos puedan justificarse caballeramente y, con Freud o sin él, nadie está dispuesto a reconocer en público lo que quizás no niegue en la esfera de su intimidad..." Y remata: "Es explicable, por tanto, que los jueces sigan creyendo a pies juntillas que su proceder es rigurosamente legalista y que su decisión es el fruto de una mera interpretación lógica de las leyes que manejan." – NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona, Editorial Ariel, 2007, 2ª impresión, pág. 39-40.

⁴⁰⁴ "Derecho de mandar por sí mismo o de corregir aquello que haya sido ordenado por otro". Espírito de las leyes, XI, VI, págs. 298-299, apud PIÇARRA, Nuno: *A Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra Editora, 1989, pág. 111.

primacía. (La cuestión hermenéutica de los derechos fundamentales sociales deja de ser un problema de correcta subsunción del hecho a la norma para convertirse en un problema de conformación política de los hechos). De esta forma, la legitimidad de la concreción de los derechos sociales por parte del poder judicial reside en el principio de la supremacía constitucional.⁴⁰⁵

Es preciso comprender, naturalmente, que para el "Derecho ser", principalmente en el área social, se hace necesario forjar una concepción política y jurídica de la función social que sea más acorde con el sentido de principios de la supremacía constitucional, hecho que implica respetar y hacer valer, entre otros muchos, los principios que preconizan una sociedad justa y solidaria, la ciudadanía, la dignidad de la persona humana, la erradicación de la pobreza, el desarrollo y la reducción de las desigualdades sociales.⁴⁰⁶

Además de estas conclusiones, podríamos añadir aún las siguientes ideas:

Existe consenso universal en lo que respecta a la cuestión de los derechos esenciales de la persona, lo cual deja en segundo plano el debate de carácter filosófico. Sin embargo, hace resurgir un tema impregnado de significación política en

⁴⁰⁵ BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra, Coimbra Editora, Tomo I, 2002

⁴⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid, Editorial Trotta, 2ª edición, 2009, traducción de Andrea Greppi.

la medida en que no se puede posponer la creación de medios destinados a garantizar su aplicación.⁴⁰⁷

Esto se debe a que de nada servirán los derechos sociales si las bases en las que se apoyan, además de no ser respetadas por el Poder público, también dejan de contar con el soporte de la acción consecuente del Poder Judicial. Es necesario, por lo tanto, que sea real la posibilidad de que cualquier persona pueda buscar, lógicamente, la realización efectiva de los derechos y de las libertades que se le atribuyen.⁴⁰⁸

El ejercicio de esos derechos sociales pasa por la comprensión de sus principios y, por consiguiente, por el cambio en las prácticas de los gobiernos, de los Poderes de la República en sus distintas esferas y, sobre todo, de la propia sociedad que tiene que adquirir una cultura propicia para que eso exista. Así que no basta con enseñar los derechos humanos; hay que luchar por hacerlos efectivos. Y por encima de todo hay que trabajar por la creación de una cultura práctica de esos derechos.⁴⁰⁹ La misión que se nos impone a todos nosotros es, por lo tanto, construir una sociedad que viva los derechos humanos y que jamás sea una oferta de las élites, sino una conquista de la ciudadanía.

⁴⁰⁷ BOBBIO, Norberto. *Política e Direito*. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

⁴⁰⁸ MELLO, Celso de. *Democratização do Poder Judiciário e Acesso à Justiça*. Palestra proferida pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil, na 1ª. Conferência Internacional de Direitos Humanos(OAB), Brasília, 17.9.97.

⁴⁰⁹ MONTORO, Franco. "Cultura dos Direitos Humanos". Artigo publicado na *Revista Literária de Direito*, ano V, n. 25, set/out. de 1998.

2.2. Las corrientes doctrinales del garantismo en Europa

IV PECES-BARBA MARTÍNEZ, PÉREZ LUÑO, MARTÍNEZ DE PISÓN, LUIGI FERRAJOLI Y ROBERT ALEXY.

“Los derechos, junto con los valores y los principios, forman parte del contenido de justicia de una sociedad democrática moderna y tienen como objetivo último ayudar a que todas las personas puedan alcanzar el nivel de humanización máximo posible, en cada momento histórico”.

Gregório Peces-Barba Martínez

in Derechos Sociales y Positivismo Jurídico. Madrid, Dykinson, 1999.

2.2.1. El garantismo en Peces-Barba Martínez

En la concepción de PECES-BARBA MARTÍNEZ no cabe una fundamentación iusnaturalista para estos derechos. Además, tales derechos no son tampoco expresión exclusiva de la voluntad del poder “...sino que expresan desde un punto de vista diferente, el objetivo último de la ética pública de la modernidad que es favorecer el desarrollo humano generalizado, desde su incorporación al Derecho positivo y como criterio material de justicia del mismo.” Esto es lo que el autor ha llamado de “positivismo corregido” o “positivismo ético”.⁴¹⁰ Sin embargo, el autor apunta las razones por las cuales estamos ante “un tipo de modelo de derechos

⁴¹⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*. Madrid: Editorial Dykinson, 1999, pág.65.

fundamentales y porque no son correctas las posiciones que pretenden excluirlos de esa categoría”. Plantea, entonces, el fin u objetivo último que los derechos cumplen en la ética pública o justicia, que es el contenido material del Derecho, para afirmar que “los derechos, junto con los valores y los principios, forman parte del contenido de justicia de una sociedad democrática moderna y tienen como objetivo último ayudar a que todas las personas puedan alcanzar el nivel de humanización máximo posible, en cada momento histórico”. Así, como cada grupo o generación de los derechos cumple esa tarea conforme a sus características, no existe razón, según PECES-BARBA MARTÍNEZ,⁴¹¹ para excluir del concepto de derechos fundamentales a los derechos que se sitúan dentro del objetivo último, común a todos ellos. Aunque reconozca que cada tipo de derechos de las sucesivas generaciones se articulan de forma distinta con relación a dos elementos identificadores –la universalidad y los criterios de igualdad– lo que identifica el concepto de derechos humanos es que su finalidad es favorecer en la organización de la vida social el protagonismo de la persona: el hombre centro del mundo y el hombre centrado en el mundo para que pueda desarrollar plenamente las virtualidades de su condición (dignidad humana).⁴¹² A continuación indica la ecuación para saber si estamos ante derechos fundamentales: “si ese objetivo se intenta conseguir desde una pretensión subjetiva juridificada y

⁴¹¹ Ob. cit., pág. 62.

⁴¹² Ob. cit., pág.62.

posible, es decir, si se puede articular con la técnica de los derechos (como derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades) atribuibles a titulares idóneos (sinónimo de competentes en el ámbito de la producción normativa) y con unos contenidos posibles en las obligaciones de los correlativos obligados (eficacia), estamos ante derechos fundamentales”.⁴¹³

“La libertad sin igualdad no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos y a la no-libertad de muchos; mientras que la igualdad sin libertad no conduce a la democracia, sino al despotismo, o sea, a la igual sumisión de la mayoría a la opresión de quien detenta el poder”.

Antonio E. Pérez Luño

in Los Derechos Fundamentales. Madrid, Tecnos, 2004

2.2.2. El garantismo en Pérez Luño

En PÉREZ LUÑO vamos ver que, pese a las innegables diferencias de origen, finalidad y contenido que existen entre los dos grandes sectores de la dicotomía libertades públicas/derechos sociales que, conjuntamente integran el sistema de derechos fundamentales, hay una estrecha correlación entre ambos.⁴¹⁴ Este autor señala, no obstante, que “es una constante en amplios sectores de la doctrina actual sobre los derechos fundamentales la tesis reiterada de

⁴¹³ Ob. cit., pág. 62.

⁴¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos fundamentales.* Madrid, Editorial Tecnos, 2004, pág. 203.

que existe una antinomia de principio entre las libertades tradicionales y los nuevos derechos económicos, sociales y culturales”. En ocasiones –aduce el autor– “se ha llegado a sustentar este planteamiento antinómico bajo la forma de una ley general a tenor de la cual, a medida que los derechos sociales aumentan, disminuyen las libertades”. Así, juristas como el austriaco THEODOR TOMANDL, que no llega a aceptar la incompatibilidad entre ambas categorías, “consideran como algo inevitable que todo reconocimiento de los derechos sociales en el Derecho positivo implica una relativización de las libertades públicas”.⁴¹⁵ EKKEHART STEIN intenta explicar esta oposición diciendo que “los derechos de la libertad garantizan el carácter proteico de la vida social frente a la nivelación y a la unificación”, protegiendo, de esta manera, “las peculiaridades de la vida propia de cada individuo dentro de la sociedad. Mientras que los derechos sociales que establecen la igualdad tutelan a los individuos frente a su discriminación ante otros, lo que exige necesariamente una cierta nivelación y unificación”. Pero, sin entrar en estos planteamientos doctrinales, PÉREZ LUÑO subraya que “las consideraciones en las que tienden a polarizar la antítesis se refieren al distinto fundamento, titularidad y tutela de ambos tipos de derechos”. Para los que sostienen la contradicción, las libertades tradicionales se fundamentan en su carácter absoluto, necesario y homogéneo “frente a la significación

⁴¹⁵ Ob. cit., pág. 204.

relativa, contingente y heterogénea de unos derechos sociales que se multiplican a tenor de los vaivenes de las circunstancias histórico-políticas”.⁴¹⁶ Respecto a la titularidad, en las libertades ésta corresponde a los individuos, mientras que en los derechos sociales es propia de los grupos. Acerca de la tutela, las libertades han reconocido su plena eficacia jurídica positiva, pero los derechos sociales son puestos en tela de juicio cuando no les niegan abiertamente esa misma condición.⁴¹⁷ Rechazando la idea de una “fractura tajante entre ambas categorías” que considera como “dos polaridades de los derechos fundamentales”, PÉREZ LUÑO hace un análisis que se contrapone a este planteamiento, y aun reconociendo las peculiaridades que distinguen a los derechos sociales de las libertades tradicionales, revela la estrecha y necesaria complementariedad que existe entre estos dos sistemas de derechos fundamentales. Así, dentro de una concepción abierta y dinámica de los derechos naturales, cabe perfectamente una fundamentación iusnaturalista de los derechos sociales. Además de eso, los derechos sociales, “en cuanto especificaciones de la igualdad y la solidaridad, poseen un fundamento tan estrechamente vinculado a los valores iusnaturalistas como puedan tenerlo los derechos derivados de la libertad”. Ejemplifica su postura con el hecho de que “en el plano de la fundamentación no puede considerarse menos “natural” el derecho a la salud, a la cultura y al trabajo que

⁴¹⁶ Ob. cit., pág. 205.

⁴¹⁷ Ob. cit., pág. 205.

asegure un nivel económico de existencia conforme a la dignidad humana, que el derecho a la libertad de opinión o el derecho de sufragio”, además de que “de poco sirve proclamar determinadas libertades para aquellos sectores de población que carecen de medios para disfrutarlas”.

Acerca de la titularidad es cierto que titulares pueden serlo, en ocasiones, los grupos en los que la persona se integra para el mejor logro de sus objetivos (asociaciones, sindicatos, colegios profesionales, etc.), pero no es menos cierto que también los entes colectivos pueden ser titulares de derechos personales. Un fenómeno señalado por el autor en este asunto es la evolución de la titularidad de los derechos fundamentales de cara a “ampliar la legitimación estrictamente individual para la defensa de intereses colectivos o difusos”, a ejemplo de materias tales como el medio ambiente, la salud o la defensa de los consumidores que no pueden, por su propia naturaleza “contemplarse bajo la óptica tradicional de la lesión individualizada”. Aun así, no se trata de substituir la tutela de facultades o intereses personales por intereses colectivos o difusos, sino que – PÉREZ LUÑO – se tiende a la tutela de los individuos en el seno de sus situaciones concretas en la sociedad.⁴¹⁸ Y en lo que se refiere a la tutela, los derechos sociales consagrados en la Constitución española se hallan diseminados en distintos apartados del texto constitucional, beneficiándose de las garantías que corresponden a cada uno

⁴¹⁸ Ob. cit., pág. 208-210.

de ellos. De esta manera, los derechos sociales positivados en la Constitución son siempre normas jurídicas inmediatamente aplicables que hacen inconstitucional cualquier actuación contraria a su contenido. PÉREZ LUÑO, así, rechaza la afirmación de que mientras que los derechos de libertad se benefician de la protección otorgada a las normas constitucionales, los derechos sociales no pueden ser objeto inmediato de tutela por su carácter “puramente programático”. Añade que las libertades puras, aquellas cuyo disfrute sólo dependería de la abstención del Estado, se hallan “irremediablemente superadas por la evolución económica y social de nuestro tiempo”. Afirmar, aunque

“sin una acción eficaz de los poderes públicos dirigida a garantizar el disfrute de las libertades por todos los ciudadanos, éstas de hecho sólo pueden ser utilizadas por quienes poseen los medios materiales para servirse de ellas, por más que formalmente estén reconocidas a todos”.

La complementariedad recíproca que en el terreno de la tutela asumen ambas categorías de derechos es, para este autor, el “corolario de la necesaria intervención estatal para su realización efectiva”. Por último, enfatiza que “la proclamación de los derechos sociales supone una garantía para la

democracia, esto es, para el efectivo disfrute por todos de las libertades personales, civiles y políticas”.⁴¹⁹

Es importante subrayar, según esta opinión, que la oposición entre las libertades individuales y los derechos sociales, más que una antítesis entre dos categorías de derechos, responde a dos formas contrapuestas de concebir, ejercer y tutelar los derechos de la persona en dos modelos distintos de organización política. Así (1) los derechos de libertad conforman un núcleo estático y cerrado cuya tutela se alcanza negativamente, o sea, sin obstáculos o injerencia de los poderes públicos, idea ligada de forma umbilical al Estado liberal de Derecho que tiene presupuestos ideológicos y estructurales incompatibles con la concepción de los derechos sociales como categorías jurídicas dotadas de eficacia. En oposición a esta forma existe la idea (2) de que la libertad no se restringe a un núcleo estático, sino que constituye una tarea a realizar a través de la satisfacción de las necesidades básicas y del despliegue de las capacidades y potencialidades humanas en que se concreta el libre desarrollo de la personalidad.⁴²⁰ Así, la implantación de esas libertades concretas necesita de la acción positiva de los poderes públicos en el sentido de alejar los obstáculos de orden económico, social y cultural que impidan el desarrollo de la persona humana. El Estado social de Derecho pretendió responder a estas exigencias pero,

⁴¹⁹ Ob. cit., pág. 212-213.

⁴²⁰ Ob. cit., pág. 214.

“acentuando su orientación liberadora y emancipadora”, también intentó satisfacerlas el Estado social y democrático de Derecho que es postulado por la Constitución española. PÉREZ LUÑO añade que en este modelo de organización política no cabe una ruptura entre libertades individuales y derechos sociales, porque en su seno los derechos sociales son derechos de libertad. Explica, entonces, que estos derechos, lejos de entrañar la negación de las libertades, representan su desarrollo y su extensión a todos los ciudadanos. Así, es posible hablar de unas libertades públicas de la igualdad, “puesto que en el Estado social de Derecho las libertades son jurídicamente iguales, cuyo real ejercicio debe ser garantizado por los poderes públicos en un plano de iguales oportunidades.

De este modo, las libertades públicas, que suponen concreciones de la libertad, y los derechos sociales, en cuanto especificaciones de la igualdad, “se integran profunda y simultáneamente” –sintetiza ese autor– para en seguida decir que “la libertad sin igualdad no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos y a la no-libertad de muchos; mientras que la igualdad sin libertad no conduce a la democracia, sino al despotismo, o sea, a la igual sumisión de la mayoría a la opresión de quien detenta el poder”.⁴²¹

⁴²¹ Ob. cit., pág. 215.

“Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.”⁴²²

Luigi Ferrajoli

in *Derechos y Garantías*. Madrid, Trotta, 2004

2.2.3. El garantismo en Luigi Ferrajoli

La teoría garantista de LUIGI FERRAJOLI,⁴²³ aunque sea un “paradigma inacabado, una obra a medio camino”, es ya considerada, en algunos aspectos, como “la más interesante y atractiva del actual escenario iusfilosófico europeo”,⁴²⁴ razón por la cual vamos a extendernos un poco más sobre ella. Así, de la misma manera que el Estado constitucional para hacer frente a los retos de la actualidad deberá volverse global, en la línea de la llamada “democracia cosmopolita”, el Estado constitucional “deberá diseñar mecanismos para garantizar efectivamente los derechos sociales” por medio de un sistema

⁴²² LUIGI FERRAJOLI in *Derechos y Garantías*. Madrid, Trotta, 2004

⁴²³ “Según FERRAJOLI, garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo (garantías positivas y garantías negativas), apud MIGUEL CARBONELL, in *Garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, pág. 182.

⁴²⁴ MIGUEL CARBONELL, “La Garantía de los Derechos Sociales en la Teoría de Luigi Ferrajoli”, in *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de LUIGI FERRAJOLI*. Madrid, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2005, pág. 171.

de garantías llamado “constitucionalismo de la igualdad”. Se trata de actuar, afirma MIGUEL CARBONELL, con instrumentos parecidos a los que ya funcionan para el “constitucionalismo de la libertad”.⁴²⁵ Por fin, el constitucionalismo tendrá que extender su paradigma garantista para hacer valer los derechos fundamentales no solamente en las relaciones entre autoridades y gobernados, sino también entre particulares.⁴²⁶ CARBONELL nos invita en su trabajo a una reflexión respecto a la construcción de un “constitucionalismo de la igualdad” a través de la garantía efectiva de los derechos sociales, teniendo como punto de partida los postulados de la teoría de FERRAJOLI para quien el reto de la construcción de un constitucionalismo de la igualdad pasa por la exigencia de crear un adecuado sistema de “garantías”. Pero la existencia de los derechos sociales está vinculada íntimamente al desarrollo y expansión del Estado social, pues tales derechos requieren en la práctica, según CARBONELL:⁴²⁷ (1) un cierto modelo de organización estatal; (2) una serie de precondiciones incluso de carácter psicológico; y (3) una base axiológica que permita reconocer el deber moral de hacernos cargo de las necesidades de los demás. Por su parte, el surgimiento del Estado social, todavía según CARBONELL,⁴²⁸ se da en un contexto histórico en el que están

⁴²⁵ Ob. cit., pág. 171.

⁴²⁶ Ob. cit., pág. 172.

⁴²⁷ Ob. cit., pág. 174.

⁴²⁸ Ob. cit., pág.175.

presentes las siguientes condiciones: (1) el individuo es incapaz de satisfacer por sí solo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas; (2) surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual; (3) se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar.

Efectivamente, FERRAJOLI,⁴²⁹ usando una terminología distinta al escribir sobre la creciente crisis del derecho, que se extiende incluso por los países de democracia más avanzada, ha dicho de manera contundente que

“la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y de control, al sistema de las garantías tradicionalmente predispuestas para la propiedad y la libertad, representan, en efecto, no sólo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio.”

Su advertencia apunta a que esta crisis que se presenta en diversas formas y en múltiples planos “corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia.” Sin embargo, entre otros vínculos sustanciales necesarios a la democracia política

⁴²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid, Editorial Trotta, 2004, 4ª edición, pág. 16, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez.

están los vínculos negativos, generados por los derechos de libertad “que ninguna mayoría puede violar” así como los vínculos positivos, generados por los derechos sociales que “ninguna mayoría puede dejar de satisfacer”. Perfecto. La democracia política, dentro de la esfera de lo indecible,⁴³⁰ se halla delimitada por y vinculada a aquellos derechos, razón por la cual –enfatisa ese autor italiano– “ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social.” Como los derechos fundamentales están garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la “esfera de lo indecible que” y de lo “indecible que no” actuando, así, como elementos tanto de legitimación como de deslegitimación de las decisiones y, en el caso de los derechos sociales, de las nodecisiones. Hay, todavía, en esta estructura de Estado constitucional un determinado grado de ineficacia que FERRAJOLI atribuye a una posible “incoherencia” generadora de antinomias y lagunas, los dos posibles vicios del ordenamiento: son normas que (1) resultan inválidas al ir en contra de prohibiciones impuestas por normas superiores a la esfera de lo decidible (derechos de libertad = expectativas negativas); o, a la inversa, (2) por la posible falta de plenitud debida a la omisión de normas o de decisiones en contraste

⁴³⁰ Es como FERRAJOLI denomina al conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías – Conf. su obra ya referida, *Democracia y Garantismo*, pág.102

con obligaciones impuestas a la misma esfera (derechos sociales = expectativas positivas).⁴³¹ Sin embargo, este mismo autor advierte de que un Estado constitucional de derecho es por su naturaleza un ordenamiento imperfecto, resultando, por ello, impensable una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas, siendo esta paradoja su mayor mérito, es decir,

“[...] una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales –ya sean negativos, como los derechos de libertad, o positivos, como los derechos sociales– como condicionantes de validez de las decisiones de la mayoría.”

Y es justamente esta divergencia entre normatividad y efectividad, entre deber ser y ser del derecho, que FERRAJOLI dice que es “la condición previa tanto del Estado constitucional de derecho como de la dimensión sustancial de la democracia”.⁴³² Es decir, dentro de ciertos límites, los vicios de la incoherencia y la falta de plenitud son reducibles mediante las adecuadas garantías. En este sentido, FERRAJOLI entiende que “las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas

⁴³¹ Ob. cit., pág. 24

⁴³² Ob. cit., pág. 25.

por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”.

“...si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes.”⁴³³

Respecto a las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, aduce que “consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen”. Finalmente dice que “...el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos.” Para FERRAJOLI – que cuestiona la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, por la cual es negada la existencia de los primeros

⁴³³ LUIGI FERRAJOLI *in Derechos y garantías*. Madrid, Trotta, 2004

en ausencia de las segundas– hay una clara distinción entre los dos. Es decir que, según su tesis, la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación. El autor confuta, así, la tesis de que los derechos escritos en las cartas internacionales no serían derechos, porque están desprovistos de garantías y, por la misma razón, según muchos filósofos y politólogos, tampoco serían derechos los derechos sociales, igualmente carentes de las adecuadas garantías jurisdiccionales – tesis que tiene en HANS KELSEN a su principal defensor–.⁴³⁴ Sin embargo, añade FERRAJOLI, “si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes.”

Esta distinción es necesaria, sin embargo, no solo para distinguir conceptualmente entre derechos subjetivos y los deberes correspondientes que constituyen las garantías, sino, según su autor, substancialmente por estar ligada a la naturaleza positiva y nomodinámica del derecho moderno.

⁴³⁴ Ob. cit., pág. 59.

En general puede decirse que en los sistemas nomodinámicos de derecho positivo la existencia o la inexistencia de una situación jurídica, o sea, de una obligación, una prohibición, un permiso o una expectativa jurídica, depende de la existencia de una norma positiva que la prevea que, a su vez, no es deducida de la de otras normas, sino inducida, como hecho empírico, del acto de su producción. En ese paso –señala FERRAJOLI– es muy posible que, dado un derecho subjetivo, no exista –aun cuando debiera existir– la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de las normas que las prevé. Como también es posible que, dado un permiso, exista –aun cuando no debiera existir– la prohibición del mismo comportamiento a causa de la (indebida) existencia de la norma que la prevé.⁴³⁵ Por ello, es posible, en tales sistemas, la existencia tanto de las lagunas como de las antinomias.

La estructura nomodinámica del derecho moderno es la que impone la distinción entre los derechos y sus garantías, en virtud del principio de legalidad como norma de reconocimiento de las normas positivamente existentes; la que obliga a reconocer que los derechos existen única y exclusivamente si están normativamente establecidos, así como las garantías constituidas por las obligaciones y las prohibiciones correspondientes existen tan solo si también ellas se encuentran normativamente establecidas. Según el

⁴³⁵ Ob. cit., pág. 60.

autor de *Derechos y garantías*,⁴³⁶ “esto vale tanto para los derechos de libertad (negativos) como para los derechos sociales (positivos), y lo mismo para los establecidos por el derecho estatal que para los establecidos por el derecho internacional.” Y añade: “si no queremos caer en una forma de paradójico iusnaturalismo realista y hacer desempeñar a nuestras teorías funciones legislativas, habremos de admitir que los derechos y las normas que los expresan existen tanto en cuanto son positivamente producidos por el legislador, sea ordinario, constitucional o internacional.”

De inmediato FERRAJOLI nos da una muestra de la enorme importancia, no solo desde el punto de vista teórico sino también en el plano metateórico, de hacer esta distinción entre derechos y garantías. En el plano teórico, (1) el nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica sino normativa, que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y por la inexistencia de las segundas; (2) por consiguiente, la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar; (3) del mismo modo que las violaciones de derechos cometidas por los poderes públicos contra sus ciudadanos deben ser concebidas como antinomias igualmente indebidas que es obligatorio sancionar como actos ilícitos o anular como actos inválidos. En el plano metateórico, la distinción desempeña un papel no

⁴³⁶ Ob. cit., pág. 63.

meramente descriptivo sino también crítico y normativo de la ciencia jurídica en relación con su objeto: crítico en relación con las lagunas y las antinomias, y normativo respecto a la legislación y la jurisdicción. A la legislación corresponde cubrir las primeras y a la jurisdicción reparar las segundas.⁴³⁷

Las garantías, entre tanto, deben ser realizables en concreto. Aún, el catálogo constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se suele acompañar de la elaboración de garantías sociales adecuadas, o sea, como técnicas de defensa y de justiciabilidad equiparables a las aportadas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad.⁴³⁸ Lo que ocurre es que hay una divergencia profunda entre norma y realidad que debe ser colmada o reducida “en cuanto fuente de legitimación no sólo política sino también jurídica de nuestros ordenamientos”. Distingue, entonces, entre “posibilidades de realización técnica” y “posibilidades de realización política”. Según FERRAJOLI, nada autoriza a decir, en el plano técnico, que los derechos sociales no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos, porque los actos requeridos para su satisfacción serían inevitablemente discrecionales, no formalizables y no susceptibles de controles y coerciones jurisdiccionales. Refuta, así, la argumentación anterior señalando, entre otros fundamentos, que “la no susceptibilidad

⁴³⁷ Ob. cit., pág. 63..

⁴³⁸ Ob. cit., pág. 64.

de tutela judicial de estos derechos” queda desmentida por la experiencia jurídica más reciente, que por distintas vías (medidas urgentes, acciones reparatorias y similares) amplió sus formas de protección jurisdiccional, en particular en lo que se refiere al derecho a la salud, a la seguridad social y a una retribución justa. El garantista italiano añade que, más allá de su justiciabilidad, estos derechos tienen el valor de principios informadores del sistema jurídico ampliamente utilizados en la solución de las controversias por parte de la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales. Por tanto, constitucionalmente podrían establecerse cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales, haciéndose así posible el control de constitucionalidad de las leyes de financiación estatal. Entiende, de todo diversa, la cuestión de “la posibilidad de realización política” de tales garantías en el orden interno y en el internacional. Sabe que la satisfacción de los derechos sociales es costosa, pues exige la obtención y la distribución de recursos, además de una cuestión ideológica con “la lógica del mercado”. Por consiguiente, en opinión de este autor, los obstáculos para introducir garantías en el texto constitucional, “son de naturaleza política, y el desafío lanzado a las fuerzas democráticas es, precisamente por eso, político, y consiste, hoy más que nunca, en la lucha por los derechos y sus garantías”. Después de este reto a las fuerzas políticas, FERRAJOLI hace una advertencia: “lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista

de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer.”⁴³⁹

El constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho debe establecerse como corolario “de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva”, una especie de segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. En palabras del propio FERRAJOLI:⁴⁴⁰

“Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones.”

En suma, en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya surgido con las formas predispuestas para su producción, sino que también es necesario que sus contenidos

⁴³⁹ Ob. cit., pág. 65.

⁴⁴⁰ Ob. cit., pág. 66.

sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Efectivamente, debido al clima cultural y político en que se dio la *Declaración universal* de 1948, se redescubre el significado de “Constitución” como límite y vínculo de los poderes públicos establecidos hace ya dos siglos en el artículo 16 de la *Declaración de derechos* de 1789: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”. Y más aún: se redescubre el valor de la Constitución “como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos, es decir, precisamente los dos principios que habían sido negados por el fascismo y que son la negación de este”.⁴⁴¹ Pero, lo más importante es que se puede producir un cambio de naturaleza en la legalidad positiva del Estado constitucional de derecho en el modelo positivista clásico, como apunta FERRAJOLI, pues ésta ya no es sólo mera legalidad condicionante, sino asimismo estricta legalidad condicionada por vínculos que son también sustanciales relativos a sus contenidos o significados. La estricta legalidad ha introducido, por esta perspectiva, “una dimensión sustancial tanto en la teoría de la validez como en la teoría de la democracia”, produciendo una disociación y una virtual divergencia entre [...] legitimidad sustancial y legitimidad formal de los sistemas políticos. Y esto exige, con

⁴⁴¹ Ob. cit., pág. 67.

relación a los derechos sociales y a tenor de esta exposición, que la ciencia jurídica tenga como su propio objeto “la elaboración de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas a pesar de ser exigidas por las normas constitucionales.”⁴⁴²

*“La existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la justiciabilidad, cualquiera que sea la forma en que se la describa; lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también justiciable.”*⁴⁴³

2.2.4. El garantismo en Robert Alexy

Los derechos a las prestaciones en sentido estricto contienen los derechos sociales fundamentales, como el derecho a la previsión, al trabajo, a la vivienda y a la educación entre otros. Son los derechos del individuo frente al Estado a algo que “si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtenerlo también de particulares.”⁴⁴⁴ Pero ALEXY llama a todos los derechos a las prestaciones en sentido estricto “derechos sociales fundamentales” y, en ese rango, distingue

⁴⁴² Ob. cit., pág. 68.

⁴⁴³ ROBERT ALEXY, *in Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002, pág.496.

⁴⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, 2002, CEPC, 3ª reimpresión, trad. Ernesto Garzón Valdés y rev. Ruth Zimmerling, pág. 482.

entre los (1) explícitamente establecidos y los (2) interpretativamente adscritos.⁴⁴⁵

En Alemania, la Ley Fundamental no contiene derechos sociales fundamentales explícitamente formulados, salvo excepciones estrechamente delimitadas, pero la cuestión en ese país se plantea acerca de “cuáles son los derechos sociales fundamentales que garantiza la Ley Fundamental”. La polémica se produce acerca de “si está impuesto adscribir a las disposiciones de derechos fundamentales normas que confieren derechos sociales fundamentales.” El autor alemán intenta demostrar que las normas adscritas a las disposiciones iusfundamentales bajo la designación “derechos sociales fundamentales” son de un tipo muy diferente y que, desde puntos de vista teórico-estructurales, pueden dividirse conforme a tres criterios: (1) normas que confieren derechos subjetivos o normas que obligan al Estado sólo objetivamente; (2) normas vinculantes o no-vinculantes y, en este sentido, ser enunciados programáticos (una norma será “vinculante” si es posible que su lesión sea constatada por el Tribunal Constitucional Federal); y (3) las normas pueden fundamentar derechos y deberes definitivos o *prima facie*, es decir, pueden ser principios o reglas. Si uno combina estos criterios – dice

⁴⁴⁵ Ob. cit., pág. 483.

ALEXY– se obtienen ocho normas de estructura muy diferente.⁴⁴⁶

Así, según su tabla de normas, la protección más fuerte la otorgan las normas vinculantes que garantizan los derechos subjetivos definitivos a las prestaciones; la protección más débil es la de las normas no vinculantes que fundamentan un mero deber objetivo *prima facie* del Estado a otorgar prestaciones. Los “meros enunciados programáticos” serían, pues, “no vinculantes” mientras que el derecho a un mínimo vital es un “derecho subjetivo definitivo vinculante”. Son estas, por lo tanto, diferencias estructurales de las normas, pero están las de naturaleza de contenido que son las que existen entre un contenido mínimo y otro máximo. En un programa minimalista – ejemplifica ALEXY– el individuo deberá tener asegurado el dominio de un espacio vital y un estatus social mínimos –también conocidos como “derechos mínimos” o “derechos sociales pequeños”–. Cuando se habla de una “realización plena” de los derechos fundamentales estamos frente a un contenido maximalista.⁴⁴⁷

Al establecer los argumentos en pro y en contra de los derechos fundamentales sociales, ALEXY toma como eje la libertad y la imparte en dos tesis, a saber: (1) la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido,

⁴⁴⁶ Conf. su tabla de normas, in ob. cit., pág. 484.

⁴⁴⁷ Conf. ALEXY, in ob. cit., pág. 485.

carece de todo valor. O sea, “la libertad es sólo real cuando se poseen las condiciones de la misma, los bienes materiales y espirituales en tanto presupuestos de la autodeterminación.”⁴⁴⁸ En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán enuncia que “el derecho de libertad no tendría valor alguno sin los presupuestos fácticos para poder hacer uso de él”.⁴⁴⁹ La segunda tesis tiene como fundamento que (2) bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un “ámbito vital dominado por ellos”, sino que depende esencialmente de actividades estatales.” Estas dos tesis, sin embargo, no pueden entenderse más que como mero punto de partida de un argumento a favor de los derechos fundamentales sociales. ALEXY habla, entonces, de una “división de tareas” entre los derechos fundamentales y el proceso político, según la cual a los primeros les correspondería preocuparse por la libertad jurídica y al segundo, por la libertad fáctica.

De tal modo, ALEXY se pregunta por qué la libertad fáctica tiene que ser asegurada iusfundamentalmente, para a continuación aducir dos argumentos. El primer argumento intenta demostrar la importancia de la libertad fáctica por medio de tres ejemplos. Así, para el individuo tienen

⁴⁴⁸ ALEXY transcribe en este punto a LORENZ VON STEIN, ob. cit., pág. 487.

⁴⁴⁹ BVerfGE 33, 303 (331) in ALEXY, ob. cit., pág. 487.

importancia existencial (1) el no tener que vivir bajo el nivel de una existencia mínima, (2) el no estar condenado a un permanente no hacer nada y (3) el no quedar excluido de la vida cultural de la época. En este caso, tiene más importancia para él la superación de su situación deficitaria que las libertades jurídicas que, debido a su situación deficitaria, “no le sirven para nada y que, por lo tanto, se convierten en “fórmulas vacías”.⁴⁵⁰ A esto hay que añadir que la idea de los derechos fundamentales es que “las cosas que para el individuo son especialmente importantes y que pueden ser aseguradas jurídicamente lo sean.”⁴⁵¹

Para el segundo argumento, complementario del primero, “la libertad fáctica es iusfundamentalmente relevante, no sólo bajo el aspecto formal de garantizar las cosas especialmente importantes, sino también bajo aspectos materiales.” El catálogo de derechos fundamentales sería la expresión de un sistema de valores “que encuentra su punto central en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad”,⁴⁵² lo que presupone una cierta medida de la libertad fáctica. Si el objetivo de los derechos fundamentales es que la personalidad humana se desarrolle libremente, deben asegurar también los presupuestos del uso de libertades jurídicas, es decir, de las

⁴⁵⁰ Ob. cit., pág. 488.

⁴⁵¹ Ob. cit., pág. 489.

⁴⁵² Conf. el Tribunal Constitucional Federal, in ob. cit., pág. 489.

libertades fácticas. Son “formaciones no sólo del poder hacer jurídico, sino también del poder actuar realmente.”⁴⁵³

ALEXY pondera dialécticamente que hay dos argumentos en contra de los derechos fundamentales sociales: uno formal y otro material. El primero expone que

“si los derechos fundamentales sociales son vinculantes, conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia del parlamento a la del Tribunal Constitucional; si no son vinculantes, conducen a una violación de la cláusula de vinculación del artículo 1 párrafo 3LF. El punto de partida de este argumento es la tesis de que los derechos sociales fundamentales no son justiciables o lo son en una medida muy reducida.”

Si el argumento formal es correcto – dice ALEXY – la aceptación de derechos fundamentales sociales fracasa frente al dilema: desplazamiento inconstitucional de competencia o violación de la cláusula de vinculación.⁴⁵⁴

Para el argumento material en contra de los derechos fundamentales sociales, tales derechos son inconciliables con normas constitucionales materiales o, al menos, entran en colisión con ellas. El choque entre los derechos fundamentales sociales y los derechos de libertad se vuelve especialmente

⁴⁵³ Conf. P. HÄBERLE, apud ALEXY, ob. cit., pág. 489.

⁴⁵⁴ Ob. cit., pág. 491.

claro en lo que respecta al derecho al trabajo.⁴⁵⁵ Es más, una colisión entre los derechos fundamentales sociales de los unos y los derechos de libertad de los otros se produce no sólo cuando el Estado dispone limitadamente, en forma directa, del objeto del derecho en una economía de mercado – como en el caso del derecho a un puesto de trabajo. Como todos los derechos fundamentales sociales son muy costosos, en el cumplimiento de los derechos fundamentales sociales, el Estado puede distribuir sólo aquello que, bajo la forma de tasas e impuestos, obtiene de otros.⁴⁵⁶

Haciendo una ponderación entre los argumentos en pro y en contra de los derechos fundamentales sociales, ALEXY dice que la solución reside “en un modelo que tome en cuenta los dos argumentos”, es decir, que se trata de una cuestión de ponderación entre principios acerca de “cuáles son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente”. Es que, por un lado, se encuentra el principio de la “libertad fáctica” y por el otro, se encuentran los principios formales de la “competencia de decisión” del

⁴⁵⁵ ALEXY explicita el asunto aduciendo que “En un sistema de economía de mercado, el Estado puede disponer sólo limitadamente del objeto de este derecho. Si quisiera satisfacer el derecho de todo desempleado a un puesto de trabajo, tendría o bien que dar ocupación a todo desempleado dentro del marco de la administración pública existente o limitar y hasta eliminar la disponibilidad de los puestos de trabajo por parte de la economía privada. Lo primero, en todo caso como solución general, no puede ser tomado en cuenta, pues, bajo las condiciones dadas, sólo conduciría a la desocupación oculta por el derecho de la administración pública. Lo segundo conduce o bien a una amplia reducción de la capacidad de decisión de la economía privada o a su eliminación. Pero, esto significa, entre otras cosas, una intervención en los derechos fundamentales de quienes disponen de la propiedad de los bienes de producción.” Ob. cit., pág. 492.

⁴⁵⁶ Ob. cit., pág. 493.

legislador democráticamente legitimado y el “principio de la división de poderes”, así como también los principios materiales que se refieren sobre todo a la “libertad jurídica” de los demás, pero también a otros derechos fundamentales sociales. ALEXY subraya que el modelo que presenta no explica qué derechos fundamentales sociales definitivos tiene el individuo, pero sí cuáles son los que puede tener y qué es, en su opinión, lo que interesa en la cuestión de su existencia y su contenido –razón por la cual intenta dar una respuesta general–.⁴⁵⁷

Ahora bien, para el jurista alemán una postura de prestación jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si (1) la exige urgentemente el principio de la libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) los principios materiales opuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros) son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta. En todo caso –aduce– “estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, un mínimo vital a una vivienda simple, a la educación

⁴⁵⁷ En este punto ALEXY describe un modelo de derechos fundamentales sociales, ob. cit., pág.494.

escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica.”⁴⁵⁸

Hay, no obstante, objeciones a este modelo que ALEXY intenta refutar a ejemplo de los “considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer”; ⁴⁵⁹ y que “el grado del ejercicio de los derechos fundamentales sociales aumenta en tiempos de crisis económica pues puede haber poco que distribuir”. Señala, entonces, que “no todo lo que existe como derecho social está exigido por derechos iusfundamentales mínimos” y, según la valoración de su modelo, que pueden “bajo circunstancias diferentes, conducir a diferentes derechos definitivos”. Además –y este es uno de los argumentos más importantes de ALEXY a favor de su modelo– “justamente en tiempos de crisis, parece indispensable una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por mínima que sea.”

En cuanto a la cuestión de la justiciabilidad deficiente con que se objeta el modelo propuesto, ALEXY aduce que “los problemas de justiciabilidad que surgen en el marco de este modelo no se diferencian básicamente de los que se presentan

⁴⁵⁸ Ob. cit., pág. 495.

⁴⁵⁹ ALEXY expone que “la fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. Los derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal, en su decisión sobre el dinero para la vivienda de quienes reciben asistencia social aumentó, con consecuencias financieras, el círculo de quienes tenían derecho a esta prestación, a fin de eliminar una desigualdad de tratamiento...”, ob. cit., pág. 495.

en los derechos fundamentales tradicionales.” Además de esta realidad, destaca el autor germánico que “tampoco las razones procedimentales pueden apoyar la tesis de la no justiciabilidad” y que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha mostrado que “en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante.”⁴⁶⁰ ¿Y qué hace entonces, o qué debería hacer, un tribunal de rango constitucional ante esta posibilidad? ALEXY enumera, en este sentido, dos hipótesis: “el espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde (1) la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la (2) formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución”.⁴⁶¹

Efectivamente, para ALEXY no existe ninguna protección iusfundamental definitiva y tampoco se puede hacer valer sólo el principio de la libertad jurídica, de la misma manera que tal cosa no es posible con relación al principio de la libertad fáctica. Todo es una cuestión de ponderación, a través del juego necesario de razones en pro y en contra pero, “para poder medir las regulaciones procedimentales con el derecho fundamental es indispensable partir de un derecho vinculante

⁴⁶⁰ Ob. cit., pág. 496.

⁴⁶¹ ALEXY ejemplifica cfr. BVerfGE 33, 1 (123); BVerfGE 3, 225 (237 ss.); 43, 154 (169 ss.) y, cfr. al respecto, J. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, págs. 132 y ss.

prima facie.” La clave, para él, es la teoría de los principios por la cual el individuo tiene un derecho definitivo a la prestación cuando el principio de la libertad fáctica tiene un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en su conjunto [...] y que por cierto este es el caso, seguramente, de los derechos mínimos definitivos. Corresponde al Estado, poseedor de deberes *prima facie*, procurar que “a las libertades jurídicas de los titulares de derechos fundamentales correspondan libertades fácticas.” Según ALEXY, “sería un error considerar los deberes *prima facie* [...] como deberes no vinculantes o como enunciados puramente programáticos.” Existe, de hecho, una diferencia fundamental entre deberes *prima facie* y deberes jurídicamente no vinculantes: los deberes *prima facie* tienen que ser establecidos a través de ponderaciones y, en cambio, esto no sucede en el caso de los deberes no vinculantes.⁴⁶²

Por último, ALEXY sigue la misma línea de pensamiento de la Ley Fundamental cuando dice que la “vinculación jurídica implica control judicial”, pero aduce que (1) no puede ser objeto del control el que se cumpla todo lo que exige un deber *prima facie*, sino sólo si se cumple lo que queda como deber definitivo en vista de los deberes *prima facie* opuestos; (2) en los principios opuestos juegan un papel decisivo no sólo los principios materiales, sino también formales, sobre todo la

⁴⁶² ALEXY, ob. cit., pág. 500.

competencia del legislador democráticamente legitimado. En suma, ambas cosas no impiden el control del Tribunal

Constitucional si, “a la luz de los principios opuestos, el deber *prima facie* ha sido satisfecho en medida suficiente.” Los que determinan la competencia del Tribunal son los límites de “lo definitivamente debido”.

2.3. Legitimidad y función política del poder judicial

“La libertad y la igualdad de los hombres no son un dato de hecho, sino un ideal a perseguir; no una existencia, sino un valor; no un ser, sino un deber.”

Norberto Bobbio

in *El Tiempo de los Derechos*. Madrid,
Editorial Sistema, 1991, pág.67

2.3.1. Función política y función administrativa

En un sistema democrático la Constitución es el estuario de las decisiones políticas que conforman la sociedad. Es el depósito de las reglas que estructuran y organizan el Estado y que definen los derechos fundamentales. Pero ARAGÓN,⁴⁶³ por

⁴⁶³ ARAGÓN, Manuel. *El control como elemento inseparable del concepto de constitución*. Madrid, Revista Española de Derecho Constitucional, año 7, núm. 19, enero-abril 1987, págs. 15-52.

ejemplo, parte del presupuesto de que el control es un elemento inseparable del concepto de constitución, llegando a la conclusión de que sin control sencillamente no hay constitución. MERLIN CLÈVE,⁴⁶⁴ además dice que “hablar de separación de poderes en el Estado social solo tiene sentido cuando nos referimos al Estado de prestaciones constitucionalmente reglado y de tal modo que llega al punto de definirse como Estado de Derecho de orientación social”. El Estado, por lo tanto, para lograr sus fines se desdobra en tres funciones básicas: la función política, la función administrativa y la función jurisdiccional, clasificación que, por lo general, hacen la mayor parte de los autores. MIRANDA,⁴⁶⁵ por ejemplo, divide la función política en legislativa y gubernativa, distinguiendo los criterios materiales, formales y orgánicos.⁴⁶⁶ Bajo los criterios materiales se identifican: (a) definición

⁴⁶⁴ MERLIN CLÈVE, Clèmerson. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988*. São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 1993, pág. 39.

⁴⁶⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado*, págs.344-345.

⁴⁶⁶ JORGE MIRANDA destaca que la conceptualización ex professo de las funciones acompaña el desarrollo de las teorías generales del Estado y del Derecho público. Sin embargo, de manera explícita o implícita, el problema viene de mucho más atrás, unido (como de hecho sigue estando) a los problemas de las características, de los fines y de los poderes del Estado. Respecto a este asunto, recuerda las teorías de las partes o de las facultades de la soberanía –desde ARISTÓTELES a BODIN, a GRÓCIO y a PUFFENDORF- y, sobre todo, las teorías o doctrinas de separación de los poderes de LOCKE y MONTESQUIEU. Y añade: “Específicamente, los tres poderes mencionados por MONTESQUIEU – legislativo, ejecutivo y jurídico – corresponden a funciones; y también la distinción, en cada poder, de una faculté de statuer y de una faculté d’empêcher prefigura algunos de los análisis más recientes sobre la función de fiscalización o control. Alude, no obstante, que en su trabajo, en lo que respecta a las funciones del Estado, se referiría solamente a algunas clasificaciones doctrinales de los últimos cien años, como por ejemplo las de JELLINEK, DUGUIT, HANS KELSEN, GEORGES BURDEAU, KARL LOWENSTEIN, M.J.C. VILE y MARCELLO CAETANO. (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra Editora, 2002, pág. 340).

primaria y global del interés público; (b) interpretación de los fines del Estado; (c) y elección de los medios adecuados para alcanzarlos en cada coyuntura. En lo que respecta a los criterios formales se admite la libertad o máxima discreción, lo que no significa – corrige MIRANDA – la falta de subordinación a las reglas jurídicas, principalmente a las de la Constitución. Desde el punto de vista de los criterios orgánicos, los Órganos políticos o gubernamentales actúan en conexión directa con la forma y el sistema de gobierno, sin que exista entre ellos una jerarquía sino apenas relaciones de responsabilidad política. Este autor ha aplicado el mismo criterio metodológico a la función administrativa, dándose así bajo los criterios materiales lo siguiente: (a) satisfacción constante y cotidiana de las necesidades colectivas y (b) prestación de bienes y servicios. Los criterios formales caracterizan la iniciativa (saliendo al paso de las necesidades), y la parcialidad (en la búsqueda del interés público), lo que no impide la imparcialidad en el tratamiento de los particulares. Los criterios orgánicos indican que existe una dependencia funcional de las órdenes e instrucciones y del recurso jerárquico, además de la coordinación y subordinación. Según MIRANDA, a cada función le corresponde un tipo de acción del Estado que él denomina actos jurídico-públicos. De la función política destacan los actos políticos, oriundos de los órganos gubernativos; y de la función administrativa emanan los actos

de contenido normativo y no normativo. REBELO DE SOUSA,⁴⁶⁷ al establecer que “la esencia del político reside en la realización de las elecciones en las que se hallen implicados intereses esenciales del estado-colectividad”, añade que la función política “corresponde a la práctica de los actos que expresan opciones sobre la definición y búsqueda de los intereses esenciales de la colectividad, y que hacen referencia, de manera directa e inmediata, a las relaciones dentro del poder político y de éste con otros poderes políticos”. En cuanto a la función administrativa,⁴⁶⁸ destaca que “los actos que la integran ejecutan mediata e inmediatamente actos legislativos” que resultan en los principios de la subordinación política y de la legalidad de la función administrativa. Dice, entonces, que la función administrativa comprende “el conjunto de los actos de ejecución de actos legislativos, que se traduce en la producción de bienes y en la prestación de servicios destinados a satisfacer las necesidades colectivas que, en virtud de una opción legislativa previa, se haya considerado que corresponden al poder político del Estado-colectividad”. La función política y la función administrativa se hallan separadas por dos razones básicas: la primera, porque en buena parte no tiene una proyección mediata en los miembros de la colectividad y, cuando eso sucede, “se llevan a cabo elecciones que se refieren a intereses colectivos esenciales, que después dan forma a las

⁴⁶⁷ REBELO DE SOUSA, Marcelo. *Lições de Direito Administrativo*. Lisboa, Editora Lex, vol. I, 1999, pág. 10.

⁴⁶⁸ REBELO DE SOUSA, ob. cit., págs. 12-13.

leyes, y que la función administrativa debe respetar”. REBELO DE SOUSA⁴⁶⁹ respecto a este asunto concluye que la “no repercusión fuera del sistema del gobierno y la innovación política esencial separan, así, la función política de la administrativa”; y añade que “la necesaria intermediación legislativa hace de puente entre ambas”.

En Brasil algunos autores⁴⁷⁰ distinguen el aspecto objetivo o material de la Administración pública (1) de su aspecto subjetivo o formal (2). De este modo, el primer aspecto abarca, en sentido amplio, la función política (que traza las directrices gubernamentales) y la función administrativa que las ejecuta. En sentido estricto se distingue del Gobierno que abarca las tres funciones estatales, mientras que en ese aspecto más concreto la Administración trata solamente una de ellas, es decir, la función administrativa propiamente dicha, siendo ejercida por cualquiera de los poderes establecidos. En cuanto al segundo aspecto, están incluidos tanto los órganos gubernamentales (a los que corresponde trazar los planes de acción, dirigir), como los órganos administrativos (subordinados, dependientes), a los que corresponde la ejecución. Por su parte el sentido estricto de Administración

⁴⁶⁹ REBELO DE SOUSA, ob. cit., pág. 14.

⁴⁷⁰ Entre otros, LUÍS HENRIQUE MARTINS DOS ANJOS y WALTER JONE DOS ANJOS (*Manual de Direito Administrativo*, Livraria do Advogado, pág. 49, 2001; DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 1994, pág.49 a 56; y CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 199, pág. 6 e 7).

comprende tan solo las personas jurídicas, órganos y agentes públicos que ejercen la función administrativa.

RIBEIRO BASTOS⁴⁷¹ entiende que la actividad política sigue siendo la razón principal del Estado, que existe para resolver los problemas de la colectividad, y por criterios políticos. Y apunta que el Poder judicial de Brasil es el que está menos enfocado en la actividad política: le corresponde interpretar el ordenamiento jurídico, pero no se le permite ejercer una función política. El Poder legislativo, por su parte, no gobierna pero colabora para que eso ocurra al aprobar o rechazar proyectos de ley, al otorgar autorizaciones al Ejecutivo para que realice determinados actos, al aprobar a *posteriori* tratados internacionales, etc. De este modo, es en el Poder Ejecutivo donde confluyen los órganos administrativos por excelencia aunque, como es obvio, la Administración Pública no se confunde con el Poder Ejecutivo por más que esté alojada en él. Los órganos de su cúpula son de naturaleza política, por consiguiente, no integran la Administración pública.⁴⁷² El Poder Ejecutivo tiene, conforme a la expresión que él utiliza, una “faceta de frente”: por un lado está sometido a la ley y a la práctica de actos de ejecución y, por otro, tiene que imprimir a través del jefe de este poder, de su ministerio,

⁴⁷¹ RIBEIRO BASTOS, Celso. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Editora Saraiva, 1996, págs.57- 65.

⁴⁷² Dicha administración se dice que está ejercida por los tres poderes, según el Capítulo VII, Título III, de la Constitución de 1988, denominado “De la organización del Estado”, centrado específicamente en la disciplina de la Administración pública, conforme al art. 84, II de la CF.

directrices y mando en el movimiento político del Estado. Es, por lo tanto, según adoctrina, un “Poder polimórfico” cuya cabeza es “el agente más predestinado a ejercer las funciones de mando político del país pero que, por otro lado, dirige una máquina burocrática que debe someterse tanto a las normas legales como a las que dicte el propio Ejecutivo, que disciplinan con gran detalle su comportamiento”. A pesar de que aceptamos los otros conceptos expuestos, discrepamos frontalmente de RIBEIRO BASTOS respecto a la inclusión del poder judicial en una categoría de “poder sin función política”. En lo que respecta tan solo a la naturaleza de las funciones, MOREIRA NETO ⁴⁷³ considera que podrían resumirse básicamente en dos tipos: normativas y ejecutivas.⁴⁷⁴ Dice que función administrativa es toda la que es ejercida por el Estado y que atiende, materialmente, a las necesidades de planificación, decisión, ejecución y control. Se define por exclusión de la normativa y de la jurisdiccional. No todos los intereses públicos son intereses públicos administrativos: la ley tendrá que especificarlos. A pesar de estar íntegramente sujeta al Derecho, varía la visión iusfilosófica de su vinculación, aunque prevalezca ampliamente la que establece que solo la Administración puede actuar *secundum legis*.

⁴⁷³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2002, pág. 23.

⁴⁷⁴ Conf. MOREIRA NETO, “La función normativa, refiérase a la creación de la norma legal, y la función ejecutiva, incluyendo todas las dos otras actividades estatales, a su aplicación”. Ob. cit. pág. 23.

2.3.2. Gobierno, administración y política

La distinción entre política y administración se halla claramente vinculada a la concepción clásica de la separación de poderes así como, en última instancia, a la relación que existe entre política y derecho.⁴⁷⁵ Pero una de las bases de esa dicotomía, según MEDAUAR,⁴⁷⁶ está asociada “a la tradicional fórmula democrática de confiar el poder político a representantes elegidos; se separa, entonces, la actividad de las personas con carácter representativo, investidas en el cargo por decisión del cuerpo electoral, y la actividad de las personas no elegidas (monarca, funcionarios de carrera). Esa idea, por su parte, estaría relacionada con la preocupación de mantener una razonable continuidad en la actividad estatal en los periodos de crisis o de transición política”. Otros conceptos que justifican esa división se pueden resumir del siguiente modo:⁴⁷⁷ la exaltación del valor de la neutralidad administrativa; la disponibilidad de la burocracia para ejecutar cualquier mandato político, sean quienes sean los que ostenten el poder;

⁴⁷⁵ Respecto a esto, hicimos un breve apunte en el ítem 4 del Informe sobre “O contencioso administrativo e os atos políticos”, fls.16/24, entregado al Prof. Doctor JORGE MIRANDA como parte de las actividades de la asignatura de Derecho Constitucional del Curso de Doctorado de la Universidad de Lisboa, 2003.

⁴⁷⁶ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992, pág. 134.

⁴⁷⁷ Conf. MEDAUAR, que se apoya em conceptos de SORACE, BACHELET, LORENZA CARLASSARE, FRANCO LEDDA, DEBBASCH e ALLEGRETTI, in ob. cit. pág. 134.

el carácter técnico y no político de la actividad administrativa; la elección o libre determinación de los fines (función autocreata), mientras que la Administración no elige los fines; la relación de la política con los fines, mientras que la Administración se refiere a los medios; la dependencia de la Administración del poder político por estar desprovista de autonomía ideológica. En la idea de la separación entre Administración y política se encuentra, además, la explicación de un posible “antídoto” contra la intromisión indebida del poder político: la Administración quedaría a salvo –en su calidad de parte pública que busca fines públicos– de intereses políticos subalternos, lo que resulta en la garantía de independencia al servidor público, como la estabilidad y el marco de carrera. No obstante, MEDAUAR,⁴⁷⁸ refuta algunos de esos conceptos al recordar que a la par de una Administración “ejecutora y neutra” existe una Administración que posee “amplio margen de libertad” y que aunque esté subordinada y dependa de la actividad política, la Administración, ha adquirido en casi medio siglo un gran peso entre las instituciones estatales hasta el punto de denominarse Estado Administrativo. La influencia de los funcionarios públicos de carrera y de otras categorías no derivadas de una elección ha pasado a ser notoria, siendo unánime la inclusión de la burocracia entre los centros efectivos del poder político al actuar desde dentro de la organización estatal. En lo que

⁴⁷⁸ MEDAUAR, ob. cit., págs. 135-136.

respecta a la distinción entre Administración y Gobierno, incluidos ambos en la expresión “poder ejecutivo”, indistintos tradicionalmente, MEDAUAR ha encontrado su origen en un decreto francés relativo a la descentralización administrativa, expedido el 25 de marzo de 1852, el cual establecía en su motivación esa diferencia: “considerando que es posible gobernar de lejos, aunque solo se administra bien de cerca; que por consiguiente importa tanto centralizar la acción gubernamental así como es necesario descentralizar la acción puramente administrativa...”. Las ideas de LAFERRIÈRE⁴⁷⁹ también habrían tenido una gran influencia en ese sentido, como ejemplifica el siguiente texto:

“Administrar es garantizar la aplicación diaria de las leyes, velar por las relaciones de los ciudadanos con la administración central o local y de las diversas administraciones entre sí. Gobernar es cubrir las necesidades de toda la sociedad política, velar por el cumplimiento de la constitución, por el funcionamiento de los grandes poderes públicos, por las relaciones del estado con las potencias extranjeras, por la seguridad interna y externa.”

⁴⁷⁹ LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, Paris, 1896, t.II, pág.32, apud MEDAUAR, ob. cit. págs. 137-138.

Sin embargo, entre los autores brasileños, LOPES MEIRELLES⁴⁸⁰ hace una distinción didáctica muy apropiada entre el Gobierno y la Administración pública, incluyendo en el primero el sentido formal (conjunto de poderes y órganos constitucionales) y el sentido operativo (el manejo político de los negocios públicos). LOPES MEIRELLES afirma que el Gobierno o bien se identifica con los poderes y órganos supremos del Estado, o bien asume las funciones originales de esos poderes y órganos como manifestación de la soberanía. Pero su constante está en la expresión política de mando, de iniciativa, de establecimiento de objetivos del Estado y de mantenimiento del orden jurídico vigente. El Gobierno actúa mediante actos de soberanía o, al menos, de autonomía política en el manejo de los negocios públicos. La Administración también posee un sentido formal (conjunto de órganos creados para lograr los objetivos del Gobierno; un sentido material (conjunto de las funciones necesarias para los servicios públicos en general); una acepción operativa (desempeño perenne y sistemático, legal y técnico, de los servicios propios del Estado o asumidos por él en beneficio de la colectividad). Por lo tanto y para concluir, LOPES MEIRELLES afirma que la Administración no lleva a cabo actos de gobierno; tan solo lleva a cabo actos de ejecución, con mayor o menos autonomía funcional, según sean las

⁴⁸⁰ LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros Editores, 27ª edição, 2002, actualizado por EURICO ANDRADE AZEVEDO, DÉLCIO BALESTERO ALEIXO e JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO, pág. 63.

competencias del órgano y de sus agentes. Se llaman actos administrativos.

Mientras que el Gobierno es una actividad política y discrecional, la Administración es una actividad neutra, normalmente vinculada a la ley o a la norma técnica. El Gobierno es una conducta independiente; la Administración es conducta jerarquizada. El Gobierno ordena con responsabilidad constitucional y política, pero sin responsabilidad profesional por la ejecución; la Administración ejecuta sin responsabilidad constitucional ni política, sino con responsabilidad técnica y legal por la ejecución; la Administración es el instrumento con el que cuenta el Estado para poner en práctica las opciones políticas del Gobierno. La Administración tiene poder de decisión solamente en el área de sus atribuciones y dentro de los límites legales de su competencia ejecutiva, pudiendo solo dar opinión y decidir acerca de asuntos jurídicos, técnicos, financieros o de conveniencia y oportunidades administrativas, sin ninguna facultad de opción política sobre el asunto. Así, en Brasil se posicionan a favor de la distinción entre Administración y Gobierno, entre otros, CRETELLA JÚNIOR y LOPES MEIRELLES; se muestran en contra, según MEDAUAR, ANDRADE DE OLIVEIRA,⁴⁸¹ MATHIOT⁴⁸² y VEDEL.⁴⁸³ El

⁴⁸¹ ANDRADE DE OLIVEIRA, Fernando. "Conceituação de direito administrativo", *in Revista de direito administrativo*, n. 120, abr/jun de 1975, pág. 45, apud MEDAUAR, ob. cit., pág.140.

argumento de ANDRADE DE OLIVEIRA, por ejemplo, es que la función administrativa presenta afinidades con la función gubernamental que las une más que las separa, y que en ambos casos el desempeño de la función pública tiene lugar en un área de relativa libertad, otorgada conscientemente por el legislador. Así, tanto la autoridad administrativa como la autoridad gubernamental no se reduce al cumplimiento mecánico de una normativa superior, sino que está dotada de unas competencias bastante amplias para que se manifieste su capacidad de decisión.

Lo cierto es que, a pesar del gran esfuerzo de la doctrina, persiste, según se ha visto, la dificultad para establecer una distinción clara entre las funciones gubernamentales y las funciones administrativas, aunque en algunos casos prevalezca la función gubernamental, a semejanza de la adopción de una política económica y la postura internacional asumida por los Estados nacionales. Hay que resaltar además, en el panorama actual, la creciente autonomía de la administración, lo que ha hecho que el pensador americano TOFFLER ⁴⁸⁴ la califique como “Partido invisible de la burocracia”.

⁴⁸² MATHIOT, “Bureaucratic et democratie” in *Pages de doctrine*, vol.I, pág. 223, trabajo publicado por primera vez en 1961 e incluido en 1980 en la recopilación citada, conf. MEDAUAR, ob. cit., pág. 140.

⁴⁸³ VEDEL, “Les bases constitutionnelles du droit administratif”, in *Pages de doctrine*, pág. 157, nota 70, apud MEDAUAR, ob. cit., pág. 140.

⁴⁸⁴ Dice ALVIN TOFFLER: “Los burócratas, y no las autoridades elegidas democráticamente, dirigen esencialmente todos los gobiernos a diario, y toman la

Para explicar mejor este marco, encontramos en VALMAYOR⁴⁸⁵ las dos posturas doctrinales que se distinguen siempre los conceptos de Gobierno y de Administración como parte del Poder Ejecutivo, atribuyendo al primero la facultad de dirigir la maquinaria estatal y de dictar los llamados actos políticos. La primera de ellas es la doctrina (1) “del Gobierno como parte del Poder Ejecutivo”, y la segunda es (2) “la doctrina del Gobierno como cuarta función del Estado”. Para la primera dirección doctrinal, Gobierno y Administración son dos aspectos de un mismo y único poder ejecutivo, aunque haya un desnivel interno entre ambos. Es importante mencionar que en el ámbito de ese poder se distinguen dos actividades, una de gobierno y otra política, las cuales se refieren a la dirección suprema y general del Estado considerado en su unidad; por otro lado existe una actividad administrativa dirigida específicamente a la actuación de las

aplastante mayoría de decisiones públicamente atribuidas a presidentes y primeros ministros. Todos los políticos japoneses [...], escribe Yoshi Tsurumi, director de la Pacific Basin Center Foundation, se han hecho totalmente dependientes de los burócratas centrales para proyectar y aprobar leyes. Ellos montan piezas de cabúqui de debates sobre leyes, según los escenarios creados por los burócratas de élite de cada ministerio. Descripciones similares se aplican, con distintos niveles de fuerza, a los servicios públicos de Francia, Inglaterra, Alemania Occidental y otros países considerados de forma rutinaria como democracias. Los líderes políticos lamentan, de manera regular, las dificultades a las que se enfrentan para lograr que sus burocracias cumplan sus deseos. El hecho es que da igual el número de partidos que rivalicen en unas elecciones, y da igual quién recibe la mayoría de los votos, un único partido vence siempre. Es el Partido Invisible de la democracia”. TOFFLER, Alvin. *Powershift – As mudanças do poder. Um perfil da sociedade do século XXI pela análise das transformações do poder. Rio de Janeiro*: Editora Record, 2ª edição, trad. de Luiz Carlos do Nascimento Silva, 1990, ps. 278-279.

⁴⁸⁵VALMAYOR, José Luis Carro y Fernández. *Notas sobre la distinción entre actividad política y administrativa*. Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1969.

directrices de la primera. VALMAYOR⁴⁸⁶ hace la siguiente valoración respecto a ese asunto: si bien se incluye al Gobierno en el Poder Ejecutivo, inmediatamente se hace notar su particular posición respecto a la Administración. Se afirma que el Gobierno no solo desarrolla una actividad de simple ejecución, sino que además, y principalmente, revaloriza la ley ordinaria, ejecuta la Constitución y, en los casos necesarios, garantiza la integridad y la seguridad del Estado. VALMAYOR cita a RIVERO,⁴⁸⁷ para quien “en la práctica, la acción gubernamental y la dirección de la actividad administrativa corresponden a los mismos órganos, y *aboutissent* a de los actos de la misma naturaleza. La distinción – dice – no tiene entonces alcance jurídico...”.

Este autor recuerda que esta delineación doctrinal que considera al Gobierno como componente o parte del poder ejecutivo “encuentra su explicación histórica en el fortalecimiento de la ideología liberal, dentro de la cual existe una rígida consideración del principio de la separación de poderes – garantía fundamental y máxima de las libertades de los ciudadanos – y que no permitía hablar de una cuarta actividad estatal”. No obstante, afirma que

“la consideración del Gobierno como parte del Ejecutivo no se debe únicamente a los presupuestos de la ideología liberal – que impedían su catalogación como función

⁴⁸⁶ VALMAYOR, ob. cit., pág. 625.

⁴⁸⁷ RIVERO, *Droit Administratif*, Paris, 1965, pág.12, *apud* VALMAYOR, ob. cit., pág. 626.

independiente – sino también, y más concretamente, al mecanismo del sistema parlamentario clásico que impedía un desarrollo desproporcionado de la actividad política o, mejor dicho, de una función de dirección de los poderes del Estado por parte del Gobierno; esta función de impulso del ordenamiento residía más bien en las Cámaras que en el órgano gubernativo. Por todo ello, los autores de la época se mostraron muy reticentes a la hora de reconocer una función gubernativa independiente del poder ejecutivo, con características propias que la distinguían de las demás funciones estatales.”

Como causante de que el Gobierno adquiriera la titularidad de una función de prominencia y dirección cada vez más intensa, el autor cita la crisis del sistema parlamentario y la evolución del poder ejecutivo. Por eso, dice, esta circunstancia hizo que la doctrina empezara a hablar de una cuarta función del Estado, función que para él no se identifica con el concepto de actividad política en general ya que ésta, por su propia esencia, es compartida por todos los poderes del Estado en mayor o menor medida, sino que se refiere únicamente a una “actividad de impulso y orientación de aquella”.

Respecto a la segunda dirección doctrinal, que pasó a considerar la actividad del Gobierno como una función

específica e independiente –como una cuarta función estatal junto con las tres reconocidas tradicionalmente– VALMAYOR⁴⁸⁸ dice que la adopción de este concepto se debe a circunstancias históricas concretas, que él resume del siguiente modo: (a) la evolución del poder ejecutivo hacia un predominio del concierto de funciones estatales (y dentro de él mismo, del poder gubernativo); y (b) la crisis del sistema parlamentario. Estos factores, en su opinión, se han erigido como impulsores de la actividad del Estado y, en consecuencia, desarrollarán una función política independiente. Según esa corriente doctrinal, el Gobierno representará el principio de la unidad y se colocará por encima del principio de la separación de poderes. La función que se le confió al Gobierno “no consistía simplemente en la coordinación de la actividad de los distintos poderes estatales, sino también, y principalmente, en la determinación de los fines a conseguir”. Se identifican así en el Gobierno los conceptos de actividad política y de *indirizzo* político. En este punto, VALMAYOR⁴⁸⁹ entiende que las nuevas soluciones constitucionales distinguirán, aunque sea de manera implícita, estos dos conceptos: (1) la actividad política establecerá el género ya que estará desarrollada conjuntamente por todos los órganos del Estado; (2) la función de direccionamiento político establecerá la especie ya que se concretizará en el Gobierno como actividad de impulso y coordinación de toda la actividad política en general (*Funzione d'indirizzo* político, de la doctrina

⁴⁸⁸ VALMAYOR, ob. cit., pág. 628.

⁴⁸⁹ VALMAYOR, ob. cit., pág. 629.

italiana). Así, le parece curioso que algunos autores prefieran utilizar la denominación “actividad política o de gobierno” al revés de la “función de gobierno”, dada la naturaleza heterogénea de los actos en los que, según ellos, se manifestaba, que hacía que no los condujera al término de “función”. Por lo tanto, a VALMAYOR⁴⁹⁰ le parece más exacto hablar de “función de orientación política” puesto que no se identifica con la totalidad de la actividad política, sino que constituye una parte de ella. En ese sentido, considera perfectamente válido hablar de “una actividad política realizada por el Gobierno”.

Después de un estudio sobre el tema, DIOGO⁴⁹¹ pone de manifiesto la peculiar situación de la Administración Pública entre los Poderes del Estado, empezando por destacar la corriente de autores, encabezada por GUIDO ZANOBINI, que hace la clásica distinción entre la actividad de administración y la denominada actividad de gobierno. Menciona a CARRÉ DE MALBERG que preconiza “la insubordinación jurídica de la función del gobierno o de la función política”, y a OTTO MAYER que se refiere “a un cuarto tipo de actividad (Regierung)”. Este último entiende que el sentido de la palabra gobierno quedaría fuera del problema técnico de considerarla entre las funciones estatales, ya que estaría relacionada con todas las funciones del Estado. Por ello, para que Gobierno se entendiera en un

⁴⁹⁰ VALMAYOR, ob. cit., pág. 630

⁴⁹¹ DIOGO, ob. cit., pág. 25.

sentido más amplio debería situarse “como aparato visible del Estado”. No obstante, en lugar de reconocer la existencia autónoma de una cuarta función jurídica del Estado, el administrativista brasileño prefiere considerarla tan solo “como una cualidad, o contenido, de las altas elecciones del gobierno, y que podría existir en mayor o menor grado cualificando cualquiera de las tres funciones”. Justifica su postura al afirmar que en el desempeño de una determinada función constitucional “tiene lugar siempre una integración de la voluntad de la norma anterior, que la apoya jurídicamente. Así, legislador, administrador y juez actuarán, cualquiera de ellos, con mayor o menor amplitud de opciones, según lo prescriba el orden jurídico, para satisfacer, en sus respectivas funciones, los mandatos constitucional y legal a los que están uncidos”.⁴⁹²

Para resumir, afirma que en la actividad política el trazo destacable está en su peculiar amplitud, que se abre por orden jurídica para permitir que “las elecciones integrantes sean confiadas a Poderes o a órganos del Estado, caracterizadas todas ellas por la vinculación con normas amplias y raras, generalmente explicadas mediante conceptos jurídicos indeterminados”.

Por último, en palabras de SORACE,⁴⁹³ vemos que

⁴⁹² DIOGO, ob. cit., pág. 25

⁴⁹³ Politica-amministrazione. Discrezionalità-autorità, *in Amministrare*, ano XIX, n.1-2, abr-ag. 1989, pág. 241, *apud* MEDAUAR, ob. cit., pág. 136.

“[...] las relaciones entre política y administración conforman una cuestión fundamental del derecho público y para la actuación concreta de los aparatos públicos; pero no existe una fórmula mágica que resuelva fácilmente todos los problemas relacionados. La cuestión es que no hay Administración sin política y viceversa; es, por lo tanto, ilusorio el objetivo de separación clara, al contrario del objetivo de la organización de la continuidad entre una y otra, en vista de la obtención de un equilibrio razonablemente aceptable e históricamente adecuado; el verdadero problema consiste en especificar la justa relación entre orientación política e imparcialidad, en el ámbito de una discrecionalidad administrativa inevitable, connotada por la tensión entre política y justicia y por la necesidad de componer, más que separar, los dos elementos.”

Reflexiones provisionales:

La marca característica de los actos de poder es que se editan por ejecución directa de la Constitución (infraconstitucional), mientras que los actos administrativos lo hacen a nivel de ley ordinaria (infralegal). Presentan un amplio margen de discrecionalidad, otorgada directamente por la Constitución, mientras que los actos administrativos poseen una discrecionalidad vinculada al principio de la legalidad. No

obstante, su edición no es prerrogativa del Ejecutivo, ya que las demás funciones del Estado también ejercen una actividad política, como ocurre con el Poder Judicial que con frecuencia procede a la revisión judicial de las leyes y de los actos normativos ante la Constitución, anulándolos cuando no es compatible con ella.

En Brasil, la función política la ejerce el presidente de la República que, en este caso, reúne las atribuciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, correspondiéndole a él la última palabra en lo que respecta a las soluciones de emergencia o de importancia. La política valora y señala los fines que hay que lograr dentro de una colectividad concreta y el Derecho, por su parte, constituye el medio para conseguir ese objetivo. Por eso, la primera le imprime un sentido y una orientación – *indirizzo* – al segundo (VALMAYOR). El Derecho, al ser una manifestación política y siendo ésta un *prius* con relación a aquel, lleva a la conclusión de que el poder político, al manifestarse jurídicamente, se halla por esa razón automáticamente limitado.

Los actos de poder, según el amplio abordaje realizado por QUEIROZ,⁴⁹⁴ tienen su “controlabilidad” derivada de su conformidad con la constitución. Por eso no se trata de una cuestión de legalidad sino de constitucionalidad. De este modo, son cognoscibles por el Poder Judicial, que tiene que

⁴⁹⁴ QUEIROZ, ob. cit., págs. 177-193.

contrastarlos con los principios y preceptos constitucionales y comprobar si se han realizado de acuerdo con la forma, la competencia y la finalidad definidas constitucionalmente.

El control legislativo sobre ciertos actos del Ejecutivo no tiene en cuenta los derechos individuales de los administrados, sino los intereses superiores del Estado y de la comunidad. Es un control primordialmente político, realizado por los órganos legislativos o por comisiones parlamentarias.⁴⁹⁵ Dicho control, debido a su carácter político-jurídico, tiene que limitarse a lo que está previsto en la Constitución, para evitar interferencias inconstitucionales de un Poder sobre el otro.⁴⁹⁶

En un régimen presidencial como el brasileño se otorga al Poder Judicial demasiada importancia frente al hecho de ser él el elemento preponderante en la fiscalización de las actividades ejecutivas, dada la obvia y lamentable supremacía del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo. El Poder Judicial evalúa la actividad administrativa tanto en lo que respecta a las consecuencias del orden civil como en el orden penal. SEABRA FAGUNDES⁴⁹⁷ afirma que el sistema de control por parte de la jurisdicción común “se basa en una concepción de la separación de poderes opuesta a la francesa, así como en la idea de que los derechos individuales solo están

⁴⁹⁵ LOPES MEIRELLES, ob. cit. pág. 666.

⁴⁹⁶ Conf. STF, RTJ 143/510, apud LOPES MEIRELLES, ob. cit. pág. 667.

⁴⁹⁷ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. Rio de Janeiro, Forense, 3ª. edición, 1957, pág.146.

suficientemente protegidos, frente a actos administrativos, cuando el examen de estas disputas se pone en manos de un órgano autónomo”. Este es, sin duda, el sistema que más respeta el principio de separación de poderes y especialización de funciones ya que da margen a un régimen mejor equilibrado entre los poderes, estableciendo la reciprocidad del control.

A todo lo que se ha expuesto podemos añadir que tanto la Administración pública como los órganos del poder, depositarios estos de la dirección política del Estado, se hallan dentro del espacio delimitado por los principios y preceptos constitucionales, no pudiendo afrontarlos. Debido a la naturaleza de su función, corresponde al Poder Judicial ejercer el pleno control constitucional de los actos de poder, que en última instancia son actos jurídico-públicos, sin que eso suponga romper el principio de armonía e independencia entre las funciones del Estado, sino, al contrario, la afirmación de sus fundamentos más legítimos.

2.3.3. La doctrina portuguesa y sus parámetros en la efectividad de los derechos sociales

“El constitucionalismo requiere un concepto 'procedimental' y 'sustantivo' de Constitución. Requiere, en una palabra, un poder judicial 'activo' (y no 'reactivo') que garantice los derechos fundamentales y la legitimidad de actuación de los poderes”.⁴⁹⁸

⁴⁹⁸ QUEIROZ, Cristina. *Interpretación Constitucional y Poder Judicial*, Coimbra Editora, 2000.

La materia referente a la conformación de las normas programáticas que contengan derechos sociales es irrelevante en la doctrina portuguesa, la cual sirve mucho de paradigma para el abordaje del estudio en el Brasil.

Aun cuando exista la convicción de que el libre desarrollo de la personalidad y la defensa de la dignidad de la persona humana postulan ética y jurídicamente la positivación constitucional de los llamados "derechos sociales", GOMES CANOTILHO advierte en los dos casos lo siguiente: "(1) una cosa es recortar jurídicamente un catálogo de derechos de tercera generación; y, (2) otra es hacer acompañar la positivación de los derechos [...] de políticas públicas de derechos económicos, sociales y culturales." Al entenderlo así, pasó a defender la idea de que solamente el legislador ordinario estaría legitimado para determinar su contenido concreto, sin vinculación estricta a las normas "programáticas" de la Constitución.⁴⁹⁹ Tiene reservas, no obstante, sobre la pretendida transferencia del principio de la aplicabilidad inmediata (consagrado en el artículo 5º, LXXXVII, 1º de la Constitución brasileña) a todos los derechos y garantías

⁴⁹⁹ Conf. KRELL, Andreas J., ob. cit., pág.69, "Ese cambio de visión se debe ciertamente a la fuerte influencia de la doctrina tradicional alemana y la situación alterada de Portugal en el seno del proceso de integración económica y política de la Unión Europea, que proporcionó al país una prosperidad y estabilidad económica y social jamás vividas antes, pero que definitivamente no es transferible, sin los debidos ajustes, al sistema jurídico y social de Brasil". [...] Así, GOMES CANOTILHO siempre vio la realización de los derechos mucho más en la dependencia de la participación política de la población, que en una actuación expresiva de los tribunales. Esta posición dominante en el constitucionalismo alemán, sin embargo, no nos parece transferible, sin las debidas adaptaciones, para el Brasil de hoy".

fundamentales de forma que abarque indiscriminadamente los derechos sociales consagrados en el Capítulo II. En las propias palabras de GOMES CANOTILHO,⁵⁰⁰ se trata de un "ensanchamiento no sostenible de la fuerza normativa directa de las normas constitucionales a situaciones que necesariamente precisan de *interpositio legislativa*". Justifica así el constitucionalista de Coimbra que

"La Constitución dirigente, o mejor, los textos constitucionales cargados de *programaticidad* – desde la vieja Constitución mexicana de 1918, hasta la Constitución brasileña de 1988, pasando por la Carta Magna portuguesa de 1976 – están en un 'abismo' bajo el ojo implacable de muchos escarnios y maledicencias,"

[...] pero que, a pesar de los cambios que se vislumbran por medio de un "constitucionalismo moralmente reflexivo" como forma de sustituir un derecho (autoritariamente más ineficaz), entiende que "la materialización de la política con base en normas constitucionales programáticas continuará". Por otro lado reconoce que no es tarea fácil la articulación de la "textura abierta" de la Constitución con el "positivismo constitucional" y es que a las 'normas programáticas' "les es reconocido hoy un valor jurídico constitucionalmente idéntico al de los restantes preceptos de la Constitución". Eso significa que no se tiene que hablar de simple eficacia programática ya

⁵⁰⁰ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª. Ed., 2001, pág. XV–XVI.

que "cualquier norma constitucional debe ser considerada obligatoria ante cualquier órgano del poder político". Yendo más adelante, afirma que su normatividad no ocurre apenas por la *interpositio* del legislador. La necesidad de esta intervención está justificada por la motivación de las normas fin y de las normas-tarea (normas programáticas). Pero todas las normas tienen una fuerza normativa independiente del acto de transformación legislativa. Sin embargo, una cuestión peculiar y diferente es saber "en qué términos una norma constitucional es susceptible de aplicación directa y en qué medida es ejecutable por sí misma".⁵⁰¹

VIEIRA DE ANDRADE,⁵⁰² de la misma escuela de Coimbra, destaca dos ideas básicas sobre los derechos sociales en la Constitución portuguesa. La primera de ellas procede de la necesidad del legislador de actuar para dar cumplimiento efectivo a las normas constitucionales, a lo que llamó "imposiciones legiferantes", lo que da la oportunidad de reconocer que los preceptos constitucionales relativos a los derechos sociales gozan de fuerza jurídica común a todas las normas constitucionales imperativas. La otra idea atribuye al contenido de esos preceptos solamente un mínimo, indefenso así de ser alargado por cuenta de una interpretación judicial

⁵⁰¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Editora Almedina, 6ª edição, 2002, pág. 1162.

⁵⁰² VIEIRA DE ANDRADE, José. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, Editora Almedina, 2ª. Edição, 2001, pág. 378.

“actualista”,⁵⁰³ puesto que ese contenido depende de opciones que corresponden al legislador ordinario. Excluye, por esas razones, la aplicación del mismo principio de los derechos, libertades y garantías a los derechos sociales. A continuación enumera las formas por las cuales los derechos sociales en Portugal obtendrían fuerza jurídica: (a) imposición legislativa concreta; (b) control judicial de normas con contenido mínimo imperativo; (c) fundamento constitucional de restricción o de limitación de otros derechos fundamentales; (d) fuerza irradiante [...] o vis atractiva de los derechos derivados a las prestaciones. Como protección jurídico-constitucional, típica de los derechos sociales a nivel legislativo, VIEIRA DE ANDRADE cita al mecanismo de la inconstitucionalidad por omisión (art. 283º de la CRP), el cual, además, se presenta inocuo, puesto que, conforme subraya, los titulares de los derechos no disponen de una acción constitucional de defensa contra la omisión.⁵⁰⁴ En cuanto a la imposibilidad de aplicación inmediata de los preceptos relativos a los derechos

⁵⁰³ JOSÉ DE ANDRADE, Christiano. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992, pág.156, en sentido contrario: “En un mundo en cambio, especialmente en los países en desarrollo, se impone esta orientación hermenéutica del objetivismo actualista flexible en el que la ley y su interpretación, sin llegar a los excesos del Derecho Libre.” [...] “Esta integración de la ley en el orden social significa la desarticulación del legislador después del acto genético de la norma jurídica. El ratio legis se objetiva y actualiza. La vida social es fuente de los dos conceptos jurídicos y en el campo pasivo de su aplicación. La ley, obra inconclusa o incompleta, solamente adquiere plenitud de sentido después de su aplicación en un caso singular y concreto.” En esta misma dirección: ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral, uma perspectiva Luso-Brasileira*. Lisboa, Editorial Verbo, 4ª. Edição, 1987, pág. 330.

⁵⁰⁴ VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., pág. 397.

sociales, "por falta de determinación constitucional suficiente", dice que tal hecho no pone estos derechos "a merced del legislador", puesto que este, "además de estar obligado a actuar, está vinculado jurídico-constitucionalmente por las directrices materiales que expresamente, o por vía de interpretación, surjan de las normas que le imponen tareas específicas".⁵⁰⁵

Hay que destacar que la Constitución portuguesa confirió un extenso desarrollo a los derechos y deberes fundamentales (artículos 12° hasta el 79°), habiendo consagrado los derechos sociales en los siguientes títulos y capítulos: Derechos y Deberes económicos (Título III – Capítulo I – arts. 58/62); Derechos y Deberes sociales (Título III – Capítulo II – arts. 63/72); y Derechos y Deberes culturales (Título III – Capítulo III – arts. 72/73). Añádase a este extenso papel de los derechos lo dispuesto por la Ley Complementaria n° 1, de 1982, principalmente en lo que se refiere a los derechos y garantías de los trabajadores. Aun así, en innumerables oportunidades la Constitución portuguesa utiliza las siguientes expresiones: "en los términos de la ley", "la ley define", "la ley establecerá", "según formas previstas en la ley", "la ley regula", "la ley fija", "la ley establece", hecho que, según GOMES CANOTILHO, no

⁵⁰⁵ VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., pág. 385.

es más que la necesidad de confirmación de los derechos fundamentales, así como la autorización a través de la ley.⁵⁰⁶

MIRANDA⁵⁰⁷ demuestra que "por definición, los derechos fundamentales tienen que recibir, en un Estado de Derecho, protección jurisdiccional. Sólo así valdrán enteramente como derechos, aun cuando en términos y grados diversos sean derechos, libertades y garantías o derechos económicos, sociales y culturales". Dicho eso, acentúa, la intervención legislativa parece siempre necesaria en lo tocante a los derechos sociales, de la misma manera que hay derechos, libertades y garantías "cuya concreción no se lleva a cabo o no se lleva a cabo plenamente, sin la ley...".⁵⁰⁸ Ocurre que, en virtud de la competencia legislativa de la Asamblea de la República y del Gobierno en lo correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales [...] compete al Gobierno (en el ámbito de funciones administrativas) "practicar todos los actos y tomar todas las providencias necesarias para la promoción del desarrollo económico y la satisfacción de las necesidades colectivas", conforme el art. 199º, párrafo g de la Constitución.⁵⁰⁹ Ahora bien, de hecho hay situaciones en las que el Gobierno no puede quedarse pasivo esperando la interposición legislativa, lo que le da la oportunidad, en estas

⁵⁰⁶ Ob. cit., pág. 1250-1251.

⁵⁰⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 3ª. Edición, Tomo IV, pág. 257.

⁵⁰⁸ MIRANDA, ob. cit., *Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 3ª ed., pág.107.

⁵⁰⁹ MIRANDA, ob. cit., Tomo IV, pág. 401.

circunstancias y con apoyo del texto del art. 18/1, a la autoaplicabilidad, en Portugal, de los derechos fundamentales sociales. Por otro lado, tiene la Asamblea de la República competencia exclusiva, en términos absolutos, para determinar sobre las bases del sistema de enseñanza (art.164º, parágrafo *i*), y en términos relativos sobre las bases del sistema de seguridad social y del servicio nacional de salud (art. 165º, n.1, parágrafo *g*), entre otros.⁵¹⁰ En cuanto a las normas programáticas, de un modo general, MIRANDA establece las siguientes premisas: (a) revocan por inconstitucionalidad sobrevenida las normas legales anteriores que se presenten en sentido contrario; (b) poseen un doble sentido negativo: prohíben la emisión de normas legales contrarias y vetan la práctica de actos que tiendan a impedir la producción de los efectos por ellas impuestas (lo que daría paso a una inconstitucionalidad material); (c) demarcan la acción del legislador ordinario, dando así origen a la inconstitucionalidad por acción cuando no son observados tales límites; y (d) poseen eficacia sistemática como elemento integrador de todos los preceptos constitucionales, señalando los fines sociales y el ideal del bien común, valores que impregnan la aplicación de toda la Constitución. Al recordar que las normas que consagran los derechos económicos, sociales y culturales son casi todas normas programáticas y que la inconstitucionalidad por omisión (art. 283º de la Constitución portuguesa) es su

⁵¹⁰ MIRANDA, ob. cit., Tomo IV, pág. 401.

violación más característica, MIRANDA ⁵¹¹ hace referencia también a la postura expuesta por LOPO SARAIVA ⁵¹² que defiende una acción de naturaleza marcadamente constitutiva. Al analizar la fiscalización de la constitucionalidad en el Brasil, el constitucionalista de la Universidad de Lisboa observa que el sistema brasileño reúne un extenso papel de medios de garantía "casi sin paralelo en otros sistemas". Aduce, entonces, que la acción de *argüir de incumplimiento el precepto fundamental* (art.102, § 1º CF) podría ser un medio de defensa de derechos fundamentales "cuando se han agotado o son inviables los otros medios". ⁵¹³

De esta manera, por lo que hemos visto, las "normasprograma", concretamente en el campo de los derechos sociales, no representan "meras recomendaciones" o "preceptos morales con eficacia ético-política de naturaleza meramente directiva", sino que se constituyen en un firme parámetro para el ejercicio de un control efectivo judicial, más aún cuando esté en causa una cuestión relacionada con la constitucionalidad de normas infra-constitucionales que eventualmente restrinjan o contradigan los derechos sociales. Pero, no siendo posible atender a todos los derechos que una Constitución como la brasileña atribuye como social, ¿cuáles son los límites

⁵¹¹ MIRANDA, ob. cit., Tomo IV, pág. 400.

⁵¹² LOPO SARAIVA, Paulo. "Mandado de garantia social", in *Perspectivas Constitucionais* (Org. JORGE MIRANDA), Vol. III, Coimbra Editora, 1998, ps. 237-262.

⁵¹³ MIRANDA, ob. cit., tomo VI, pág. 115.

aceptables de este "ensanchamiento no sostenible de la fuerza normativa directa"?

Al hacer un paralelo con los derechos de primera generación, MIRANDA ⁵¹⁴ enseña que "si los derechos, libertades y garantías tienen un contenido esencialmente determinado (o determinable) al nivel de las normas constitucionales, los derechos sociales tienen un contenido determinado, en mayor o menor medida, por opciones del legislador ordinario". Advierte, sin embargo, que esta posición no autoriza a decir que: (1) todos los derechos sociales son derechos de prestación no vinculados; (2) que son pretensiones jurídicas y nunca verdaderos derechos subjetivos; (3) que de ellos no se puedan deducir pretensiones jurídicas concretas por vía interpretativa; (4) que sean derechos bajo reserva (condición) de ley o constituidos por ley; (5) o que en ellos los individuos no aparecen como destinatarios directos de normas constitucionales. Concluye, entonces que:

“una contraposición tan extrema –en estos o en otros términos-- parece exagerada y, más que el riesgo de desvalorización de los derechos sociales, acarrea el de la desvalorización de las propias normas constitucionales, finalmente degradadas al dominio de la política legislativa". Y añade: "[...] la variedad de las situaciones de la vida no aconsejan tal calificación en bloque. Sólo caso a

⁵¹⁴ MIRANDA, ob. cit., tomo IV, pág. 113.

caso, derecho a derecho, es posible comprobar su justeza”.

QUEIROZ,⁵¹⁵ en un análisis bien proyectado sobre la interpretación constitucional, se pregunta cómo conciliar, en la práctica, la visión estadística y reduccionista del poder judicial, propia de la teoría tradicional, con las modernas teorías 'holísticas' de la interpretación constitucional; o más aún, "cómo reformular la vieja teoría del 'silogismo de la justicia', sin poner en cuestionamiento los principios de la seguridad jurídica". Finalmente, cuestiona si "tendrán los tribunales el poder no sólo de *aplicar*, sino también de *crear* normas jurídicas, generales o individuales. Para responder, basándose en el trabajo de MARTIN KRIELE, dice que

“si lo que diferencia a la moderna teoría de la interpretación de la “clásica” es que en ésta se le reconoce al juez el poder de adoptar una decisión responsable, estamos obligados a concluir que el modelo de la “decisión subjuntiva” – y su *altera pars*, la vinculación del juez con la ley – representan hoy en día una imagen del pasado.”

516

⁵¹⁵ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pág. 29-30.

⁵¹⁶ Por "activismo judicial", MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO (in O Ativismo Judicial em Rui Barbosa - *Revista da Faculdade de Direito da UCP* Vol. 1 - 1999, pág. 59), entiende el papel creativo de los tribunales al hacer una aportación nueva al derecho, decidiendo sobre la singularidad del caso concreto, formando el precedente jurisprudencial, anticipándose muchas veces a la formulación de la propia ley. Ante las necesidades nuevas en que la ley no se muestra suficiente o ante necesidades que

En lo concerniente a los derechos económicos, sociales y culturales, afirma que dentro de un sistema constitucional "pluralista" las normas que consagran los derechos sociales deben ser consideradas como normas "abiertas" para posibilitar diversas concreciones. Pero, a ejemplo de las normas de derechos, libertades y garantías, no pueden aquellas "quedar a merced de la mayoría parlamentaria".⁵¹⁷ Efectivamente, si algunos de los derechos sociales – para ejemplificar – se presentan como derechos "directamente aplicables", sin necesidad de interposición (y/o intervención) del legislador, otros, no en tanto, se presentan como "derechos a prestaciones" y en esos casos dependientes de una actividad mediadora a ser efectiva por los poderes públicos. En la cuestión de la "efectividad" de los derechos sociales es cuando se habla, entonces, de la "reserva de lo posible" para demostrar la dependencia de estos derechos con la existencia de recursos económicos sin que se caiga en la negligencia en la garantía del "mínimo social" como consecuencia del principio de la dignidad de la persona humana.⁵¹⁸

forjan una determinada interpretación del texto de ley, es el momento en que el intérprete se hace sentir. Entendemos como activismo judicial, por tanto, la energía emanada de los tribunales en el proceso de la creación del derecho.

⁵¹⁷ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pág.149-150, con apoyo, en este tópico, en la obra de ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte, Francoforte sobre o Meno*, 1986, pág. 408,465.

⁵¹⁸ QUEIROZ, ob. cit., pág. 150-151.

“Pero el verdadero problema del Derecho Constitucional de nuestra época está, en nuestra opinión, en cómo juridicizar el estado social, cómo establecer e inaugurar nuevas técnicas o instrucciones procesales para garantizar los derechos sociales básicos, con el fin de hacerlos efectivos”.⁵¹⁹

2.3.4. La legitimidad del poder judicial

Nuestro estudio, tras plantear esas cuestiones preliminares sobre el tema central, analizadas en breve resumen, llega a su objetivo primordial, el cual es inferir si, cómo, cuándo y por qué se da la garantía judicial de los derechos sociales, lo que supone inferir igualmente cuál es el grado de compromiso de la acción judicial con respecto a la eficacia práctica de esos derechos. Para ello es preciso responder a dos indagaciones básicas: 1) Si los individuos poseen derechos subjetivos a las prestaciones estatales y las consecuentes políticas públicas para hacerlos efectivos; y, 2) Si el Poder Judicial tiene legitimidad y competencia para asegurar el disfrute de los derechos sociales y provocar la ejecución de las prestaciones y políticas sociales del Estado. Como consecuencia de esas cuestiones, otros planteamientos claves son necesarios, como, por ejemplo: ¿Cuál es el límite y

⁵¹⁹ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Ed. Malheiros, 1997, pág. 338

extensión del ejercicio de la función política, por parte del Poder Judicial, en el campo de la garantía de los derechos sociales? ¿Es posible, sin afrontar el principio clásico de la armonía e independencia entre los poderes, garantizar derechos fundamentales omitidos por las políticas públicas a cargo del Ejecutivo? ¿Es legítimo al Poder Judicial compeler al Ejecutivo a prestar la obligación inexcusable en el ámbito de los derechos sociales? ¿Qué principios constitucionales podrán prevalecer para la concreción de los derechos sociales por el Poder Judicial?

En la definición de JELLINEK,⁵²⁰ que elabora su teoría a partir de la combinación de las teorías anteriores (WINDSCHEID y LHERING), el “derecho subjetivo es el poder de la voluntad humana que, protegido y reconocido por el orden jurídico, tiene por objeto un bien o un interés”. Según KELSEN,⁵²¹ por derecho subjetivo no se entiende solamente un poder de la voluntad conferido por el orden jurídico, o sea, el poder jurídico que es ejercido en la acción judicial, como lo entiende la doctrina tradicional, sino este poder jurídico en combinación con el derecho reflejo (con el deber cuyo no cumplimiento se hace valer a través del ejercicio del poder jurídico). En este punto, para el jurista de Viena la “esencia

⁵²⁰ Cf. JELLINEK, *System der subbictiven offentlichen Rechte*, 2ª ed., 1905, pág. 44, y aún ARTURO LENTINI, *Instituzioni*, vol. II., ps. 25 e 26 *apud* JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. II, 2ª ed., 2002, pág. 293.

⁵²¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Armênio Amado Editora, trad. de João Baptista Machado, 6ª ed., 1984, pág. 197.

del derecho subjetivo, que es más que un simple reflejo de un deber jurídico, reside en que una norma confiere a un individuo el poder jurídico de hacer valer a través de una acción o en el cumplimiento de un deber jurídico”.

Ahora bien, siendo cierto que a cada derecho le corresponde una acción y que la fuente primera de los derechos de los administrados reside en la ley, la pregunta que surge es si hay acción y sanción que garanticen el derecho subjetivo a las prestaciones estatales de naturaleza social. ALEXY⁵²² aclara que la polémica sobre el derecho a las prestaciones está caracterizada por diferencias de opiniones sobre el carácter y tareas del Estado, del derecho y de la Constituciones, incluso de los derechos fundamentales, así como también sobre la evolución y la situación actual de la sociedad.

Como esta polémica, entre otras cosas, versa sobre problemas de redistribución, su “explosividad política” es obvia, acentúa el maestro germánico. En ese aspecto, la adopción del modelo ponderativo de ALEXY habría permitido a SARLET comprender el artículo 5º §1º de la Constitución brasileña como una norma de principio, teniendo en cuenta dos puntos principales: (1) el carácter argumentativo de la actuación judicial en cuanto a la concretización de los derechos sociales; y (2) la verificación de la viabilidad de la

⁵²² ALEXY, ob. cit., pág. 426.

concretización de esos derechos a los factores, condiciones y circunstancias del caso concreto, mediante el examen de un juicio de ponderación.⁵²³

Llegados a este punto, conviene averiguar la legitimidad del Poder Judicial para garantizar los derechos subjetivos a los derechos sociales fundamentales. LEITE SAMPAIO,⁵²⁴ por ejemplo, es de los que hacen que los defensores de las tesis objetivistas eviten hablar de la existencia de derechos sociales fundamentales, por la deducción de un argumento técnicojurídico: los supuestos derechos no pueden ser demandados en juicio o, si lo fueren, su resultado efectivo es más que discutible. Para ello señala, entre las razones de esta tesis, las fórmulas jurídicas indeterminadas de los derechos sociales, como las normas programáticas, las normas organizativas y las normas de las garantías institucionales. Apoyándose en BALDASSARRE (*in Diritti Sociali*), contrapone una cuestión de orden democrático: admitir su plena judicialidad supone colocar el control de la agenda política y del propio presupuesto estatal en las manos del Poder Judicial y no del Parlamento. Por ello, defiende que la ley se presenta, con relación a esos derechos, como condición *sine qua non*, es decir, la actuación legislativa se hace necesaria para determinar el modo y los límites del derecho, no su existencia.

⁵²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, ps. 311-321 apud MELLO, Cláudio Ari, conf. ob. cit., pág. 282.

⁵²⁴ LEITE SAMPAIO, José Adércio. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2002, pág. 678.

Por otro lado, reconoce que muchos de los derechos sociales pueden ser objeto de postulación judicial. GOMES CANOTILHO negó la posibilidad de la generación de derechos subjetivos en la base de los derechos constitucionales sociales argumentando que solamente el legislador ordinario tendría legitimidad para determinar su contenido concreto, sin vinculación estricta a las normas “programáticas” de la constitución. JOSÉ VIEIRA DE ANDRADE,⁵²⁵ siguiendo parte de la doctrina alemana, entiende que sería ilegítima la conformación de ese contenido por el Poder Judicial, por atentar contra el principio de la separación de los poderes, donde concluye que los preceptos constitucionales respectivos “no son, por ello, directamente aplicables sin una intervención legislativa, mucho menos constituyen preceptos exequibles por sí mismo”. JORGE MIRANDA,⁵²⁶ por el contrario, es enfático en este aspecto: “Que no se diga que los derechos sociales no son exigibles judicialmente”. CARLOS WEIS⁵²⁷ en esa misma línea, asegura que los derechos sociales poseen plena eficacia, pues los Estados tienen capacidad de cumplirlos –y muchas veces lo hacen– sin necesidad de coerción judicial o [...] de recurso a los organismos internacionales destinados a su control y aplicación [...]. Para ese autor, el derecho subjetivo de exigir su implementación ocurre cuando una situación específica viola los “estándares mínimos” establecidos por los Pactos

⁵²⁵ In A Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, Livraria Almedina, 1987, pág. 141.

⁵²⁶ JORGE MIRANDA, ob.cit., pág. 114.

⁵²⁷ WEIS, ob.cit., pág. 310.

internacionales o por otros tratados de naturaleza semejante. ARI MELLO,⁵²⁸ apoyado en la teoría del hacer comunicativo de

HABERMAS, en un buen análisis concluyente, dice que

“la ventaja de esa teoría es que ningún derecho social es ineficaz en principio, en un plano abstracto y estático del enunciado normativo. Cada uno de los derechos sociales previstos en la Constitución es normativamente capaz de generar derechos subjetivos, y la garantía efectiva de los derechos deberá ser inferida, sin límites preestablecidos dogmáticamente, dentro de los procesos de discursos públicos [...] dentro de procesos judiciales de la jurisdicción constitucional.”

“La democracia no puede sobrevivir en un sistema en el que los derechos y libertades cívicas carezcan de protección eficaz.”

Mauro Cappelletti

in Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional.
Madrid, CEC, 1984, pág. 632.

En su estudio sobre la necesidad y legitimidad de la justicia constitucional, CAPPELLETTI⁵²⁹ examina lo que él

⁵²⁸ Conf. a Teoria do Agir Comunicativo de JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia, entre Faticidade e Validade*, Editora Tempo Universitário, Rio de Janeiro, 1997, apud CLÁUDIO ARI MELLO, ob. cit., pág. 262.

considera “el grave problema de la *legitimidad* de la justicia constitucional en los sistemas de democracia occidental” – entre otros muchos aspectos–, pero esto es lo que nos interesa ahora afrontar por ser un asunto más cercano al objeto de nuestro trabajo.

Efectivamente, la creación del *welfare state* fue considerada originalmente, sobre todo, una tarea legislativa, no habiendo duda de que los tribunales, por sí mismos, no habrían podido crear el moderno Estado providencia. Sin embargo, las desvirtuaciones del sistema, con costosas y nocivas corruptelas económicas, la disminución de la confianza depositada en los parlamentos, la aparición del Estado administrativo con la amenaza que suponen la “tutela” paternalista y la opresión autoritaria de los ciudadanos por un aparato administrativo omnipresente y no orientado hacia el servicio del público, ha producido, paradójicamente, un malestar general. Así, como la “tercera rama” no puede ignorar la transformación que ocurre en el mundo real, los tribunales tuvieron que hacer frente a nuevas responsabilidades. Un primer paso en esta dirección ha sido el control jurisdiccional de la acción administrativa, con Francia a la cabeza. Otro punto importante fue el control jurisdiccional de las leyes, mediante un mayor control del legislador. Así, no hay como dejar de señalar este nuevo papel de los jueces sobre todo

⁵²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional in Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid, CEC, 1984, pág. 604, trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas.

frente a la creciente adopción de declaraciones de derechos y el consecuente desarrollo de la “función creativa de la justicia constitucional”.⁵³⁰ Y en este tenor, la aplicación jurisdiccional de las nuevas declaraciones de derechos constituye, para CAPPELLETTI, la parte más considerable, en veloz desarrollo, de la jurisdicción constitucional de los países de Europa continental. Entonces, él cree que “las declaraciones de derechos, nacionales o transnacionales, han dejado de ser proclamaciones meramente filosóficas desde el momento en que su aplicación efectiva se confía a órganos independientes de los poderes políticos, es decir, a los tribunales...”. Subraya, a continuación, el hecho de que además de las libertades públicas tradicionales, de carácter individual, “estas declaraciones han “constitucionalizado” nuevos derechos sociales muy característicos de nuestro tiempo.” Por lo tanto, la interpretación, la aplicación y, en general, la protección de los derechos sociales – y de los con frecuencia vagos programas de acción pública que éstos requieren – suponen, para CAPPELLETTI, un nivel “bastante elevado de fuerza creadora en los tribunales a los que se confía esta nueva tarea.”⁵³¹ Pero

⁵³⁰ Cfr. CAPPELLETTI, ob. cit., págs. 604-614.

⁵³¹ En este punto CAPPELLETTI, al citar el profesor RIVERO en su comentario a la decisión del 15 de enero de 1975 del Consejo Constitucional, aduce que se enfrenta al siguiente dilema: “o bien dotar de sustancia a esas reglas, conceptos y valores vagos y enigmáticos – evidentemente una función ampliamente creativa – o bien concebir como no vinculante el núcleo mismo de las Constituciones, es decir, esa parte de las mismas relativa a los derechos fundamentales del individuo frente al Estado. Y concluye: esta segunda posición difícilmente podría mantenerse. Implica una renuncia por parte de los jueces, cuya función es la protección de los derechos, a la protección de los más importantes de ellos, es decir los derechos fundamentales”. Ob. cit., pág. 618.

hay que preguntarse si esta tarea creativa de elaboración judicial del derecho no es antidemocrática, o sea, ilegítima. Todo depende, según el profesor de Florencia, de la forma de esta clase de adopción de decisiones, principalmente de que: (1) emanen de un órgano (relativamente) independiente e imparcial (“separación”) y (2) la condición requerida de “casos y controversias” cuyo significado es que el juez, contrariamente al legislador o al administrador, actúa sólo a petición de las partes. En diversos sistemas, aunque no en todos, un tercer rasgo caracteriza a la justicia (y frecuentemente también a la administración), y es que (3) la sentencia debe estar “habilitada por el derecho” más que por vagos valores, tales como la equidad. Esto forma parte de lo que, en países de *civil law* se ha llamado “el principio de legalidad” o *Rechtsstaatsprinzip*, es decir, la *rule of law*. Y puesto que el derecho se identifica frecuentemente con la legislación, la voluntad mayoritaria, característica de la legislación democrática, se convertiría así indirectamente en un elemento asimismo legítimo del juicio”.⁵³² Por tanto –aduce CAPPELLETTI – el verdadero problema no es un problema de legitimidad abstracta, sino de constricciones concretas. En conclusión, afirma que “la interpretación que reconoce a los jueces una función creadora en la elaboración de las leyes y en la evolución de los valores parece a la vez inevitable y legítima, siendo el verdadero problema concreto un problema del grado de la fuerza creadora o de las

⁵³² Ob. cit., pág. 628.

autolimitaciones”.⁵³³ Este es el caso de la función judicial, en general; este es el caso, en especial, del control jurisdiccional de las leyes. No puede prohibirse a los jueces que “hagan la ley”, si bien esto no excluye, en última instancia, la posibilidad de una revocación legislativa de la “legislación judicial”.

En lo que respecta a los derechos sociales, a pesar de la fuerza creadora de los jueces para hacer una interpretación conforme a los principios constitucionales, CASCAJO CASTRO⁵³⁴ plantea una cuestión significativa cuando dice que

“[...] lo que interesa señalar a la vista de estas peculiares manifestaciones de tutela judicial, es que el problema de la forma de positivación de los derechos fundamentales sociales como derechos subjetivos o como fines del Estado, pierde interés dada la virtualidad procesal de la jurisdicción constitucional para subjetivizar e interpretar en clave individual, principios constitucionales como el de igualdad y el del Estado Social.”

Reconoce, no obstante, que “ha sido precisamente una construcción jurisprudencial, extraída de la jurisdicción constitucional y contencioso-administrativa alemana, la figura de un derecho al “mínimo social de existencia”, y ello gracias a la interpretación combinada de distintas disposiciones y principios del catálogo de los derechos fundamentales.” Aduce

⁵³³ *Idem*, pág. 629.

⁵³⁴ CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid, CEC, 1988, pág. 87.

que la jurisprudencia constitucional no ha sido tampoco ajena a la garantía de este nuevo *status activus processualis* como técnica de concretización de los derechos fundamentales.⁵³⁵

Es admisible, para ese autor salmantino, que los derechos sociales situados entre la política y la economía pueden dar lugar a procedimientos jurídicos que garanticen a sus beneficiarios la participación en la definición de los intereses generales. Así, los derechos sociales admiten una traducción en términos de figuras jurídicas subjetivas, pero consiguen, por igual, ser entendidos como un programa constitucional de distribución de bienes, que se realice mediante el equilibrio de intereses públicos, colectivos y privados.⁵³⁶ Pone de relieve, por otro lado, el hecho de que “su definición y tutela no tiene por qué limitarse a su coincidencia con los de un sujeto particular, y con frecuencia encuentra vías de protección en la legislación ordinaria y especial más que en el orden estrictamente constitucional.” De esta manera, alejándose de algunos autores como FERRAJOLI, añade que “el neogarantismo o garantía sustancial que exige la actuación de estos derechos encuentra un campo de tutela más apropiado en el terreno de las medidas legislativas de promoción, que en las intervenciones coercitivas de los órganos jurisdiccionales”.⁵³⁷ En otro enfoque bajo el mismo tema, tenemos que reconocer la viva

⁵³⁵ Ob. cit., pág. 88.

⁵³⁶ Ob. cit., pág. 92.

⁵³⁷ Ob. cit., pág. 93.

controversia que hay, como hizo TEREZA GIMÉNEZ,⁵³⁸ basándose en las cinco teorías de los derechos fundamentales de E. W. BÖCKENFÖRDE. En su entendimiento, la respuesta a la naturaleza jurídica de los derechos sociales puede resolverse desde diferentes fórmulas doctrinales: “por un lado, (1) la posición negadora del carácter de verdaderas normas jurídicas para los derechos sociales, y por tanto, justificadora de su falta de protección jurisdiccional; y por otro lado, (2) la posición que reconoce carácter normativo a los derechos sociales y por tanto, exige su defensa y protección judicial.” Esta ambigüedad de posiciones respecto a los derechos sociales crea numerosos problemas que dificultan su desarrollo jurídico-constitucional.

GOMES CANOTILHO,⁵³⁹ por ejemplo, dice que la constitucionalización de esos derechos puede adoptar las siguientes modalidades: (1) normas de carácter programático; (2) normas de organización; (3) garantías institucionales; y (4) como derechos subjetivos. Sin embargo, es fundamental que haya una “vinculación jurídica directa” para que se pueda hablar de auténticos derechos, exigibles no sólo en la vía jurisdiccional, sino también en la vía de la responsabilidad administrativa.

En esta concepción, y por todo lo visto, se concluye que la materia, por su natural complejidad, no está exenta de

⁵³⁸ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia, PUV, 2006, pág. 95.

⁵³⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pág. 37.

polémica en la doctrina. De hecho, mientras que algunos autores entienden que (1) las normas constitucionales fundamentales, a falta de regulación, no generan la pretensión jurídica subjetiva pero son meros “mandatos”, “directrices” o “fines del Estado”; otros consideran (2) la sola existencia de la norma fundamental como suficiente en sí misma para generar derechos subjetivos, por las razones hasta aquí expuestas. Una tercera posición considera (3) inocua la existencia de la norma en el texto constitucional pues aquellos supuestos derechos, incluso demandados en juicio, serían inexecutable por su complejidad inherente (presupuestos, estructuras, etc.). Y hay aún un último argumento, negando la obtención de esos derechos mediante la postulación en juicio: (4) la ilegitimidad del Poder Judicial que, al hacerlo, estaría invadiendo otra esfera de poder.

Pero nuestra postura, ampliamente demostrada en este trabajo, es que los derechos sociales – listados en el art.6° de la Constitución brasileña como derechos fundamentales, conforme al § 1° del art.5°–, son autoaplicables en lo referente a los derechos de defensa y de participación. Contienen tales normas una elevada carga programática que se impone en el presente y se proyecta hacia el futuro, la cual se no agota con la prestación material del Estado y con su autoaplicabilidad, pues tiene que estar presente para exigir una interposición legislativa dirigida al perfeccionamiento del sistema y para la

progresiva satisfacción de esos derechos ("supresión de las necesidades").

La omisión legislativa o de políticas públicas en lo tocante a la concesión de un estándar elemental de dignidad debe suplirse por medio de los instrumentos procesales de garantía judicial. La violación del derecho a las prestaciones por parte del legislador inactivo o de un Ejecutivo inerte equivale, en gravedad jurídico-constitucional a la interferencia ilícita en el ámbito de la libertad y propiedad de los ciudadanos (CANOTILHO).

Así, consideramos los siguientes puntos:

Cuando una Constitución como la brasileña de 1988 incorpora una serie de derechos sociales y adopta una cláusula explícita de auto-aplicabilidad, como el párrafo 1º del art.5º⁵⁴⁰, la garantía efectiva de los derechos sociales pasa a ser un deber político compartido por todas las esferas del poder del Estado, lo que aleja la supuesta ilegitimidad del Poder Judicial⁵⁴¹ al asegurar, en este ámbito, las llamadas prestaciones positivas del Estado.

⁵⁴⁰ "Art.5º Todos son iguales frente a la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantiéndose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a libertad, a igualdad, a seguridad y a propiedad, en los términos siguientes: (...) § 1º Las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata."

⁵⁴¹ Conf. BONAVIDES, Paulo *in Ciência Política*. São Paulo, Malheiros, 10ª edição, 1997, pág.140, anotamos: "El genio político de Montesquieu no se ciñó a teorizar acerca de la naturaleza de los tres poderes, sino que engendró del mismo paso la técnica que

En contra de lo que muchos autores sostienen, el papel del Poder Judicial para garantizar los derechos sociales, así constitucionalmente definidos y celebrados por innumerables tratados internacionales, es un deber que se le impone y, al revés, antes de ser una intromisión en la esfera de los demás poderes, es tarea que se le corresponde como órgano de la soberanía estatal. Su potestad en el control efectivo de la constitucionalidad, tanto por acción como por omisión, respalda su indiscutible legitimidad en ese ámbito que es patente, rotunda e inamovible.

Pero para hacer que la Constitución se cumpla en los puntos en que ella depende de medidas o acciones públicas en lo que respecta a los derechos sociales, y que permanece impasible por omisión de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, la sociedad se vale de instrumentos procesales específicos, a ejemplo, en Brasil, de la acción civil pública, de la acción de inconstitucionalidad por omisión, del “*mandado de injunção*” y de la “*argüição por incumplimiento del precepto constitucional*”, entre otros existentes en el Estado brasileño y que serán explicitados en el ítem 2.5 – “Garantismo procesal en Brasil.”

conduciría al equilibrio de los mismos poderes, distinguiendo la facultad de establecer (faculté de statuer) de la facultad de impedir (faculté d’empêcher). Como la naturaleza de las cosas no permite la inmovilidad de los poderes, pero si su constante movimiento, ellos están obligados a actuar “de concierto”, armónicos, y las facultades enunciadas de establecer y de impedir anticipan ya la llamada técnica de los checks and balances, de los pesos y contrapesos, desarrollada posteriormente por Bolingbroke en Inglaterra, durante el Siglo XVIII”.

2.3.5. Reflexiones provisionales

Como resumen de lo que hemos visto hasta ahora podemos apuntar, en primer lugar, que el incremento de las funciones estatales le ha impuesto al Poder Ejecutivo nuevas atribuciones y ha acentuado notablemente su incidencia en la vida social, lo cual exige un control reforzado por parte de los poderes que han visto reducida su relevancia funcional. De este modo, la función política y la función administrativa, aunque no sean funciones exclusivas del Poder Ejecutivo, se manifiestan con una fuerza y un vigor inmensurables en su interior, con tendencia a prevalecer sobre los demás poderes. Lógicamente, con el aumento de la esfera de interferencia estatal en la vida social por parte de una de las ramas del poder, existe el riesgo de comprometer las conquistas ya consolidadas en el ámbito de las garantías y libertades y, lo que es aún más grave, sin que los nuevos retos exigidos obtengan respuestas satisfactorias. Teniendo en cuenta tales riesgos, es posible afirmar, no obstante, que el principio clásico de la armonía y la independencia entre los poderes, base del sistema democrático, aunque sufra grandes alteraciones frente al crecimiento desmesurado del Poder Ejecutivo, tendrá que sobrevivir.

Sin embargo, no será posible mantener la armonía y la independencia entre los poderes sin llevar a cabo ajustes importantes en el sistema de separación de los mismos. Hay que reconocer, en este punto, que el Poder Judicial, cuyas proporciones están hoy día notablemente reducidas, si recibe el apoyo de los nuevos actores sociales, entidades de la sociedad civil, medios de comunicación e instituciones clasistas para influir en la opinión pública en pro del interés colectivo y del control de las actividades estatales, podrá mantener íntegramente sus funciones principales respecto al acuerdo entre los poderes. Para eso tendrá que aumentar su campo de fiscalización sobre los actos de poder, excluyendo todo tipo de inmunidad, para que éstos se mantengan dentro de los límites diseñados por las vallas constitucionales. GARCÍA DE ENTERRÍA,⁵⁴² embelesado con las palabras de TOCQUEVILLE, subrayó lo siguiente:

“La fuerza de los tribunales ha sido, a lo largo del tiempo, la mayor garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es especialmente cierto en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciera y no se extendiera a medida que se igualan las condiciones.”

El Estado liberal-social que pretende mantener las conquistas del liberalismo y, a la vez, acrecentar las conquistas

⁵⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*. Madrid, Editorial Civitas, 1979, pág. 99.

en el área social, concentró mucho poder en el Ejecutivo, como es evidente. Las funciones administrativas se acentuaron de tal manera que se empezó a hablar de Estado administrativo al mismo tiempo que disminuía el prestigio del Poder Legislativo, empequeñecido en sus funciones primordiales frente a la denominada “delegación de poderes y transferencia constitucional de competencias”, práctica temerariamente usual en el constitucionalismo contemporáneo. Efectivamente, la interpenetración de las funciones no puede causar un desequilibrio en el control del poder por el poder. Como hemos visto, la tónica que prevalece entre los poderes, la clave del sistema adaptado modernamente, consiste en la integración de poderes con el inevitable entrelazamiento de las funciones, lo que deja a un lado el uso exclusivo de cualquiera de ellas y propicia un mejor control frente al Poder Ejecutivo.

Los actos de poder no pueden quedar inmunes ante un efectivo control judicial. La teoría de la división de poderes, conforme a la doctrina de CARRO Y FERNANDEZ VALMAYOR,⁵⁴³ nació precisamente de la necesidad de poner el poder político dentro de los límites de la legalidad y de garantizar las libertades ciudadanas; por esa razón, la actividad política fruto de esa teoría, al convertirse en un peligro real para las garantías reconocidas de los ciudadanos, no deja de representar una paradoja. La judicialización de los

⁵⁴³ CARRO Y FERNÁNDEZ VALMAYOR, José Luís. “La doctrina del acto político”. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, *Rev. de Administración Pública* (53), mayo-agosto, 1967.

actos de poder se convierte en una garantía contra cualquier forma actual de arbitrio, incluso las que estén promovidas por el poder económico en complicidad con el órgano de dirección política del Estado.

A pesar del esfuerzo doctrinal para llevar a cabo una clara distinción entre la actividad política y la actividad administrativa, todavía perdura una cierta dificultad en ese ámbito. La función gubernamental, más ostensiva, adquiere mayor visibilidad, especialmente al adoptar políticas económicas y al asumir compromisos internacionales. No obstante, hay que resaltar en el panorama actual la creciente autonomía de la administración que ejerce un auténtico “poder oculto” en el ámbito de las funciones estatales. Dos doctrinas tradicionales estudian este fenómeno: la primera es la doctrina del Gobierno como parte del Poder Ejecutivo, y la segunda es la doctrina del Gobierno como cuarta función del Estado.

VALMAYOR ⁵⁴⁴ asegura que las nuevas soluciones constitucionales distinguirán, aunque sea de manera implícita, estos dos conceptos: (1) la actividad política establecerá el género una vez que se todos los órganos del Estado la desarrollen; (2) la función de direccionamiento político establecerá el tipo ya que se concretizará en el Gobierno como una actividad de impulso y coordinación de toda la política en general (*Funzione d'indirizzo* político de la doctrina italiana).

⁵⁴⁴ CARRO Y FERNANDÉZ VALMAYOR, ob. cit., pág. 629.

En un régimen presidencialista como es el brasileño, se le concede al Poder Judicial demasiada importancia debido a que es el único elemento fiscalizador de las actividades ejecutivas, teniendo en cuenta la supremacía del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo. El Poder Judicial aprecia la actividad administrativa tanto en el ámbito de sus consecuencias respecto al orden civil como en el orden penal. FAGUNDES⁵⁴⁵ afirma que el sistema de control que ejerce la jurisdicción común “asienta una concepción de la separación de poderes opuesta a la francesa, así como en la opinión de que los derechos individuales solo están suficientemente protegidos, de cara a los actos administrativos, cuando el examen contencioso de los mismos lo realiza un órgano autónomo”. Este es, sin duda, el sistema que mejor responde al principio de separación de poderes y especialización de funciones porque da margen a un régimen de mejor equilibrio entre los poderes, determinando la reciprocidad del control.

Después de todo lo expuesto aún podemos añadir que tanto la Administración pública como los órganos del poder, depositarios de la dirección política del Estado, se limitan al espacio delimitado por los principios y preceptos constitucionales, no pudiendo agredirlos. Debido a la naturaleza de su función, corresponde al Poder Judicial ejercer el pleno control constitucional de los actos de poder, que en última instancia son actos jurídico-públicos, sin que eso

⁵⁴⁵ FAGUNDES, ob. cit., pág. 146.

suponga la ruptura del principio de armonía e independencia entre las funciones estatales sino, al contrario, la afirmación de sus bases más legítimas.

2.4. Garantismo en las decisiones del Supremo Tribunal Federal de Brasil

“Y, por cierto, el Tribunal de Justicia – al igual que ha hecho con todas las cuestiones sometidas a su valoración – reúne todas las condiciones para formular una jurisprudencia creativa y abarcadora con respuestas a los problemas que surjan. Así [...] como diseñó las líneas principales del desarrollo y de la eficacia del Derecho Comunitario, también será capaz de hallar soluciones concretas de afirmación de los derechos fundamentales ante los poderes comunitarios y de la Unión”.

Jorge Miranda

Parecer sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, *in*
Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra
Editora, .2000

La responsabilidad del Poder Judicial en el logro de las normas sociales fundamentales es proporcional al nivel de organización y actuación de la ciudadanía. Cuanto menor sea ésta, mayor debe ser el activismo judicial⁵⁴⁶ mediante la adecuada consideración de los principios y reglas

⁵⁴⁶ Conf. CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, 1993, págs. 59,62 apud KRELL, Andrés J., ob. cit., pág.74: “Según los defensores del ‘judicial activism’ en Estados Unidos el juez debe asumir la nueva misión de ser interventor y creador autónomo de las soluciones exigidas por los objetivos e intereses sociales, haciéndose responsable ‘de la conservación y promoción de intereses finalizados por objetivos socioeconómicos’. Esto supone un cambio fundamental que transforma progresivamente al juez en administrador y lo llama a ‘operar como agente de cambio social’. Esa nueva función del Poder Judicial no conduciría necesariamente a decisiones judiciales dirigidas apenas por un ‘programa de fines’, o por ‘una finalidad justificada de una estrategia contrastada únicamente por los efectos”.

constitucionales, según hemos visto anteriormente. Le corresponde al Poder Judicial imprimir eficacia y efectividad a las políticas públicas mediante decisiones que, conforme a los objetivos constitucionales, puedan obligar a los otros poderes, siendo éste su gran reto, principalmente en el ámbito de los derechos sociales. Respecto al caso concreto de las omisiones legislativas, MENDES⁵⁴⁷ afirma que

si se puede asignar una eficacia razonable a la norma constitucional sin la intervención de la legislatura, los tribunales deben aplicarla, basándose en que el órgano legislativo no hizo honor al encargo que se le impuso. El Bundesverfassungsgericht iguala los órganos jurisdiccionales, en estos casos, a la categoría de legislatura representativa.

CAPELLETTI dictamina:⁵⁴⁸

“Las propias leyes, incluso las Constituciones – cuando se formulan genéricamente y en términos programáticos – son, en realidad, una invitación a los jueces para que legítimamente (a través del legislador) colaboren en la evolución del Derecho. Esa tarea, además, se entiende también como un deber de democrática rendición de cuentas por parte del Poder Judicial.”

⁵⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, págs. 54 y ss.

⁵⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Fabris Editor, 1993, pág. 96.

Es cierto que la ley seguirá teniendo una “prerrogativa, pero ya nunca más el monopolio” de la creación del derecho. Según expone CASTANHEIRA NEVES,⁵⁴⁹ al final a la jurisdicción “no le corresponde apenas y solamente una estricta aplicación de la ley, antes bien habrá que considerar [...] que una actividad suya jurídicamente creadora es una situación evolutiva que tendrá que verse en las sociedades modernas como irreversible”. En ese mismo sentido CASTRO RANGEL⁵⁵⁰ confirma que hoy se reconoce claramente el hecho de que la decisión judicial ya no es una decisión estrechamente vinculada a la ley, “que se limite y restrinja a reproducir, en cada tipo, los mandatos del poder legislativo”. En efecto, la decisión judicial puede, y debe ser, al mismo tiempo creadora y constitutiva.

Una de las decisiones más emblemáticas del Supremo Tribunal Federal de Brasil en relación al garantismo judicial fue proferida en los autos de una acción de “argüição por incumplimiento de precepto fundamental” (ADPF/45) que versaba sobre la necesaria intervención del poder judicial en tema de implementación de políticas públicas. Aunque el Tribunal establezca en su *decisum* que la edición de la Ley 10.777/2003, promulgada con la finalidad de conferir

⁵⁴⁹ CASTANHEIRA NEVES, A. *Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito (74), vol. LXXIV, 1998, pág. 10-44.

⁵⁵⁰ CASTRO RANGEL, Paulo. *Repensar o poder judicial: fundamentos e fragmentos*. Porto: Universidade Católica editora, 2001, pág.15.

efectividad a la Emenda Constitucional n° 29/2000⁵⁵¹, suple la omisión motivadora del enjuiciamiento de la ADPF/45 –lo que impuso el juicio de su prejudicialidad– el relator de la acción, el ministro CELSO DE MELLO, discurre sobre las atribuciones del Poder Judicial brasileño en situaciones semejantes y revela, con propiedad, algunos de los fundamentos que sostienen la tesis defendida en nuestro trabajo de que siendo el Poder Judicial un órgano de la soberanía de un país, su función política y su legitimidad para garantizar los derechos sociales no hieren la esfera de competencia de los demás poderes. El STF de Brasil considera que esa atribución conferida a sus juzgados pone en evidencia la “dimensión política de la jurisdicción constitucional” con relación a la cual no puede dejar de “hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se identifican, en cuanto derechos de segunda generación con las libertades positivas, reales o concretas–, a riesgo de que el Poder Público, por violación positiva o negativa de la Constitución, comprometa, de manera inaceptable, la integridad del propio orden constitucional.”⁵⁵²

⁵⁵¹ Enmienda Constitucional n° 29/2000: concebida para garantizar que los recursos financieros mínimos sean necesariamente transformados en acciones y servicios públicos de sanidad.

⁵⁵² RTJ 164/158-161, Rel Min. Celso de Melo in ADPF/45 STF.

2.4.1. Los procedimientos inconstitucionales.

Para el Supremo Tribunal de Brasil las violaciones de la Constitución tanto pueden ocurrir mediante acción estatal como por inercia gubernamental. La situación de inconstitucionalidad puede derivar de un comportamiento activo del Poder Público, que actúa o edita normas en desacuerdo con lo que dispone la Constitución, insultándole, así, los preceptos y los principios que en ella se hallan consignados. Esa conducta estatal, que supone un *facere* (actuación positiva), genera la inconstitucionalidad por acción. Pero, si el Estado no adopta las medidas necesarias para la realización concreta de los preceptos de la Constitución, de manera a tornarlos efectivos, operantes y exequibles, y absteniéndose, en consecuencia, de cumplir el deber de prestación que la Constitución le impuso, incidirá en violación negativa del texto constitucional. De ese *no facere* o *no praestare*, resultará la inconstitucionalidad por omisión, que puede ser total, cuando no se adopta ninguna provisión, o parcial cuando es insuficiente la medida efectuada por el Poder Público. La omisión del Estado que deja de cumplir, en mayor o en menor extensión, la imposición dictada por el texto constitucional, se califica de comportamiento revestido de la mayor gravedad político-jurídica, a la vez que el Poder Público, por inercia, tampoco respeta la Constitución, también atenta contra los derechos que en ella se basan e impide, por

ausencia de medidas concretas, la propia aplicabilidad de los postulados y principios de la Ley Fundamental.⁵⁵³

Reconociendo que no corresponde generalmente al Poder Judicial la tarea de cuidar de políticas públicas, el Supremo Tribunal de Brasil determinó lo siguiente:

Es cierto que no se incluye, normalmente, en el ámbito de las funciones institucionales del Poder Judicial –y en las de esta Suprema Corte, en particular– la atribución de formular y de implementar políticas públicas,⁵⁵⁴ pues, en ese campo, el encargo reside, primariamente, en los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Tal incumbencia, no obstante, a aunque en bases excepcionales, podrá atribuirse al Poder Judicial, si y cuando los órganos estatales competentes, por incumplir los encargos político-jurídicos que sobre ellos inciden, comprometan, con tal comportamiento, la eficacia y la integridad de los derechos individuales y/o colectivos impregnados de estatura constitucional, aunque derivados de cláusulas revestidas de contenido programático.

Cabe señalar, en ese contexto – según ya ha proclamado esta Suprema Corte – que el carácter programático de las reglas inscritas en el texto de la Carta Política, “no puede convertirse en promesa constitucional inconsecuente, so pena

⁵⁵³ ADPF/45 y RTJ 185/794/796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno.

⁵⁵⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, Almedina, 1987, pág. 207, ítem nº 05, apud CELSO DE MELLO.

de que el Poder Público, defraudando justas expectativas en él depositadas por la colectividad, substituya, de manera ilegítima, el cumplimiento de su impostergable deber, por un gesto irresponsable de infidelidad gubernamental al que determina la propia Ley Fundamental del Estado”.⁵⁵⁵

No dejo de conferir, sin embargo, asentadas tales premisas, un significativo relieve al tema pertinente a la “reserva de lo posible”, especialmente en sede de efectución e implementación (siempre onerosas) de los derechos de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales), cuyo cumplimiento, por parte del Poder Público, impone y exige de este prestaciones estatales positivas concretizadoras de tales prerrogativas individuales y/o colectivas.⁵⁵⁶ Es que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales – además de caracterizarse por la gradualidad de su proceso de concretización– depende, en gran medida, de un ineludible vínculo financiero subordinado a las posibilidades presupuestarias del Estado, de manera que, comprobada objetivamente la incapacidad económico-financiera de la persona estatal, no se le podrá exigir razonablemente a esta, teniendo en cuenta la limitación material referida, la inmediata efectución del mandato basado en el texto de la Carta Política. No será legítimo, no obstante, que el Poder Público, en tal hipótesis – mediante manipulación inapropiada de su actividad

⁵⁵⁵ ADPF/45 y RTJ 175/1212/1213, Rel. Min. Celso de Mello.

⁵⁵⁶ El ministro CELSO DE MELLO hace referencia en este tópico a los autores Stephen Holmes/Cass R. Sunstein, *in The Cost of Rights*, 1999, Norton, New York.

financiera y/o políticoadministrativa – cree un obstáculo artificial que revele el ilegítimo, arbitrario y censurable propósito de defraudar, de frustrar y de hacer inviable el establecimiento y la preservación, a favor de la persona y de los ciudadanos, de condiciones materiales mínimas de existencia. Cumple advertir, de este modo, que la cláusula de la “reserva de lo posible” –excepto en caso de justo motivo objetivamente verificable– no puede ser invocada por el Estado con la finalidad de exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, especialmente cuando de esa conducta gubernamental negativa pueda resultar la nulidad o, incluso, la aniquilación de derechos constitucionales impregnados de un sentido de esencial fundamentalidad.⁵⁵⁷

Hemos visto, pues, que los condicionamientos impuestos por la cláusula de la “reserva de lo posible” al proceso de concretización de los derechos de segunda generación –de implantación siempre onerosa– se convierten en un binomio que comprende, por un lado, (1) la razonabilidad de la pretensión individual/social deducida en razón del Poder Público y, por otro, (2) la existencia de la disponibilidad

⁵⁵⁷ Por esa decisión, el STF solo admite la excusa de la “reserva de lo posible”, - que denominamos en el ítem 2.1.5. de “condicionante económico de los derechos” - cuando debidamente justificada por el Ejecutivo. Pero hay que ponderar, también, “aquello que el individuo puede razonablemente exigirle a la sociedad”. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania: BverfGE 43,291 (314); 33, 303 (333) *apud* ROBERT ALEXY, ob. cit. pág. 498.

financiera del Estado para hacer efectivas las prestaciones positivas que se le reclamen.⁵⁵⁸

No es necesario acentuar, teniendo en cuenta el encargo gubernamental de hacer efectiva la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, que los elementos que conforman el mencionado binomio (razonabilidad de la pretensión + disponibilidad financiera del Estado) deben configurarse de modo afirmativo y en situación de acumulativa ocurrencia, pues, a falta de cualquiera de esos elementos, se anula la posibilidad estatal de la realización práctica de tales derechos.

Aunque la formulación y la ejecución de políticas públicas dependan de opciones políticas a cargo de aquellos que, por delegación popular, han recibido investidura en mandato electivo, cumple reconocer que no se revela absoluta, en ese dominio, la libertad de conformación del legislador, ni la de actuación del Poder Ejecutivo.

Es que si dichos Poderes del estado procedieran de modo irrazonable o sucedieran con claro intento de neutralizar, comprometiendo la eficacia de los derechos sociales, económicos y culturales; y como resultado causal de una injustificada inercia estatal o de un abusivo comportamiento

⁵⁵⁸ Ese raciocinio sigue, de manera adaptada, un topos de la jurisprudencia constitucional alemana: Der Vorbehalt des Möglichen, según la cual la construcción de derechos subjetivos para la prestación material de servicios públicos por el Estado está sujeta a la condición de disponibilidad de recursos públicos (Conf. Ítem 2.1.5.).

gubernamental, afectaran al núcleo intangible consubstanciador de un conjunto irreductible de condiciones mínimas necesarias para una existencia digna y esenciales para la propia supervivencia del individuo,⁵⁵⁹ ahí, entonces, se justifica como precedentemente ya enfatizado – e incluso por razones fundadas en un imperativo ético-jurídico –, la posibilidad de intervención del Poder Judicial, con el fin de hacer viable para todos el acceso a los bienes cuyo disfrute les haya sido injustamente negado por el Estado.

Para dar cumplimiento forzoso al derecho subjetivo material, de naturaleza social fundamental, y buscar en el Poder Judicial esa actividad creadora,⁵⁶⁰ la sociedad brasileña cuenta con algunos instrumentos hábiles puestos a su disposición por el derecho procesal, como veremos más adelante. En efecto, las decisiones adoptadas en la primera instancia del Poder Judicial en Brasil a favor de los derechos sociales, generalmente sufren varios recursos procesales que acaban por llegar en última instancia al Supremo Tribunal

⁵⁵⁹ En ese punto el Ministro Relator CELSO DE MELLO habla del “mínimo social” o “mínimo esencial” que preferimos llamar de “estándar elemental”, conf. el ítem 2.1.4. La Corte Constitucional Alemana extrajo el derecho a un “mínimo de existencia” del principio de la dignidad de la persona humana (art.1, I, Ley Fundamental: La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal).

⁵⁶⁰ En respecto a la actividad creadora del Poder Judicial, véanse, entre otros: CASTRO RANGEL, Paulo. *Repensar o Poder Judicial*. Porto, Universidade Católica, 2001; QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder judicial*. Coímbra, Coímbra Editora, 2000; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Editorial Trotta, 5ª edición, 2003; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*. Madrid, Cuadernos Civitas, 1997, reimpresión, 2000.

Federal. En ese sentido el Pleno del Tribunal ha rechazado varias peticiones de revocación de fallos de naturaleza social.⁵⁶¹

Así, en otro juzgado, el Pleno del Supremo Tribunal Federal desestimó nueve recursos interpuestos por el Gobierno contra decisiones judiciales que imponían al Sistema Único de Salud (SUS) el suministro de medicinas de alto coste o tratamientos que no ofrece el sistema a quienes padecen enfermedades graves, que apelaron a la Justicia. Con esa decisión, a esas personas se les otorga el derecho a recibir las medicinas o tratamientos ordenados por vía judicial.

El Ministro GILMAR MENDES fue el ponente de las Suspensiones de Administración Fiduciaria (STAs n°s 175, 211 y 278); de las Suspensiones de Seguridad n°s 3.724, 2.944, 2.361, 3.345 y 3.355; y de la Suspensión de la Orden Judicial (SL n° 47). En su voto, dijo que se ha dado cuenta de que existe una creciente controversia legal sobre la posibilidad de que las decisiones judiciales determinen que el Gobierno suministre medicamentos y tratamientos –decisiones en las que se discute, incluso, los criterios de suministro–.

GILMAR MENDES afirmó que en el ámbito del Supremo es recurrente el intento del Gobierno de suspender las

⁵⁶¹ Para CRISTINA QUEIROZ, en la presentación de su obra, "el constitucionalismo requiere un concepto "procedimental" y "substantivo" de Constitución. Requiere, en una palabra, un poder judicial "activo" (y no "reactivo") que garantice los derechos fundamentales y la legitimidad de la actuación de los poderes públicos." – in *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*, conf. ob. cit. Pág.1

decisiones judiciales en ese sentido.⁵⁶² “En la Presidencia del Tribunal existen varias solicitudes de suspensión de seguridad, de suspensión de medidas cautelares y de suspensión de la orden judicial con el fin de suspender la ejecución de las medidas cautelares que condenan a la Hacienda Pública a suministrar las más variadas prestaciones de salud – como el suministro de medicamentos, suplementos alimenticios, aparatos ortopédicos y prótesis, creación de vacantes de la UCI y de camas de hospital, contratación de funcionarios de la salud, realización de operaciones y exámenes, financiación del tratamiento fuera del domicilio e incluso en el extranjero, entre otros”, ejemplificó.⁵⁶³ El ministro dijo que había escuchado a varios sectores relacionados con el tema en la audiencia pública sobre la salud que tuvo lugar en abril de 2009:

“Después de escuchar el testimonio de representantes de diversos sectores implicados, se constató la necesidad de redimensionar el tema de la legalización del derecho a la salud en Brasil, ya que en la mayoría de los casos la intervención judicial no se produce a causa de una

⁵⁶² Así como la Constitución de 1988 tiene la más extendida declaración de derechos de la historia brasileña, posee, de otra parte, una gama de opciones procesales con el objetivo de dar efectividad a esos derechos declarados, conf. explicitado en el ítem 2.5. de este trabajo.

⁵⁶³ En un capítulo intitulado “O Juiz como garantidor dos direitos fundamentais”, OLIVEIRA NETO acuerda que como el preámbulo de la Constitución dispone ser el Brasil un “Estado Democrático de Direito” y no solo un “Estado de Direito”, todas las acciones practicadas en nombre del Estado deben tener su legitimidad calcada no más únicamente en la ley y en el Poder Legislativo, pero en un grado de juridicidad superior, cual sea, la propia Constitución. OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. (et al.). *Constituição e Estado Social. Os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo, coedición de Coimbra Editora y Revista dos Tribunais, 2008.

omisión total en materia de políticas públicas destinadas a la producción del derecho a la salud, sino teniendo a la vista una orden judicial para hacer cumplir las políticas ya establecidas.”

A pesar de juzgar favorablemente a los pacientes que necesitan medicamentos y tratamientos costosos, el Ministro GILMAR MENDES fue cauteloso a fin de que cada caso sea evaluado según los criterios de necesidad. Dijo que obligar a la red pública a financiar todas y cada una de las acciones y prestaciones de salud ya existentes causaría un grave daño al orden administrativo y pondría en un compromiso al SUS, de manera que perjudicaría aún más la atención médica al sector de población más necesitado.⁵⁶⁴

MENDES diferenció, por ejemplo, los tratamientos puramente experimentales de los que ya han sido reconocidos aunque no evaluados por el sistema de salud brasileño. En esos casos, fue tajante al decir que no se puede obligar al Estado a prestarlos:

“En cuanto a los nuevos tratamientos que todavía no ha incorporado el SUS, hay que tener aún más cautela en la evaluación de la materia. Según destacan los expertos escuchados en audiencia pública, el conocimiento médico

⁵⁶⁴ Ese mismo criterio de necesidad y no lo de universalidad es el mismo adoptado en la doctrina, entre otros, por GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *in Derechos Sociales y Positivismos Jurídicos*, Madrid, Dykinson, 1999.

no se estanca, su evolución es muy rápida y difícilmente puede ir a la par de la burocracia administrativa”.

Recordó, todavía, que la aprobación de las nuevas medidas terapéuticas puede ser muy lenta y, como consecuencia, los pacientes del SUS pueden quedar excluidos de los tratamientos que se ofrecen desde hace tiempo en el ámbito privado. “Es necesario hacer una revisión periódica de los protocolos existentes y desarrollar nuevos protocolos. Así que no se puede afirmar que los protocolos clínicos y las directrices terapéuticas de los SUS sean incuestionables, lo que permite su impugnación judicial”, añadió.

Al ministro lo acompañaron en su voto todos los demás que estaban presentes en la sesión. El ministro RICARDO LEWANDOWSKI entiende que los agravantes (Unión y estados) no han demostrado el potencial perjudicial a la salud, a la economía y al orden público del suministro de medicamentos o tratamientos relacionados con las nueve acciones.

Ya el ministro CELSO DE MELLO había considerado que la Justicia necesita actuar cuando el gobierno deja de formular políticas públicas o deja de cumplirlas, especialmente cuando emanan de la Constitución.⁵⁶⁵ Así añadió:

⁵⁶⁵ En ese sentido la posición, entre otros autores brasileños, de PAULO LOPO SARAIVA: “La democracia no se define, se la vive. Y se vive la democracia cuando los derechos fundamentales son garantidos y satisfechos. No hay, pues, democracia, en el sentido pleno de la palabra, cuando esa pauta de derechos no es respetada. La concreción de los derechos y garantías fundamentales explícitos y implícitos en el sistema

“El derecho a la salud representa un presupuesto de casi todos los demás derechos, y es esencial que se preserve ese estado de bienestar físico y psíquico a favor de la población, que es la titular de ese derecho público subjetivo de estatura constitucional, que es el derecho a la salud y a la prestación de servicios de salud.”

2.5. Garantismo procesal en Brasil

“Uno de los puntos capitales que hace referencia al principio de efectividad es la necesidad de que el Poder Judicial se libere de ciertos conceptos arraigados y que asuma, dentro de los límites de lo legítimo y razonable, un papel más activo respecto a la concretización de las normas constitucionales. Para eso tiene que superar una de las patologías crónicas de la hermenéutica constitucional de Brasil: la interpretación retrospectiva mediante la que se intenta interpretar el nuevo texto de manera que no innove en nada, sino al revés, que se parezca lo más posible al texto antiguo”.

Luís Roberto Barroso

Interpretação e Aplicação da Constituição
São Paulo, Saraiva, 1996

Para NORBERTO BOBBIO, el desarrollo de los derechos humanos ha pasado por tres fases, una de las cuales es la

constitucional solo será posible – ipso tempore – se funcionaren la Corte Constitucional y el proceso específico para interpretación y eficacia del Texto Mayor.” – in “Direitos Fundamentais e Democracia”, Anais da XVII Conferencia Nacional dos Advogados: Justiça: realidade e utopia. Brasília, OAB, Conselho Federal, 2000.

proclamación de los derechos sociales que en su concepción expresan la maduración de nuevas exigencias, incluso de nuevos valores, como los del bienestar y de la igualdad no solamente formal, que se podrían llamar libertad “a través” o “por medio” del Estado.⁵⁶⁶ Ante todo el propio filósofo de Turín recuerda, con absoluta propiedad, que

“[...] el argumento más fuerte dado por los reaccionarios de todos los países contra los derechos humanos, en especial contra los derechos sociales, no es ya la falta de fundamento en sí, sino su imposibilidad de realización. Cuando se trata de enunciarlos el acuerdo se consigue con relativa facilidad, independientemente de la mayor o menor convicción de su fundamento absoluto: cuando se trata de pasar a la acción, aunque fuese el fundamento indiscutible, comienzan las reservas y oposiciones.”⁵⁶⁷

En esa línea de raciocinio de BOBBIO, el problema al que nos enfrentamos no es filosófico sino jurídico y, en un sentido más amplio, político. No se trata de averiguar cuáles y cuántos son esos derechos, cuál es su base y su naturaleza, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino más bien cuál es la manera más segura de garantizarlos para impedir que sean violados continuamente, a pesar de las declaraciones solemnes.

⁵⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid, Editorial Sistema, 1991, traducción de Rafael de Asís Roig, pág. 70

⁵⁶⁷ BOBBIOBOBBIO, ob. cit., pág. 61.

Es cierto que los derechos humanos realzan el principio de la libertad, al igual que consagran los principios de igualdad y solidaridad. Sin embargo, el ejercicio de esos derechos depende, cada vez más, de la participación efectiva de toda la sociedad pues “el ideal común a alcanzar por todos los pueblos y por todas las naciones” preconizados en la Declaración – como bien resalta BOBBIO –⁵⁶⁸ es un hecho histórico de cuya importancia todos deberíamos ser conscientes, cada uno en su propia esfera de pensamiento y de acción. Para ello es importante garantizar su universalismo y su alcance ilimitado.

Bajo ese enfoque, la hipótesis en que trabajamos fue en el sentido de que la garantía judicial de los derechos sociales depende, en larga medida, de la eficacia de los instrumentos procesales de que dispone el ciudadano para el ejercicio de estos derechos, e incluso con una clara comprensión de la función del Poder Judicial en el ámbito del Estado Social y Democrático de Derecho. Para conferir eficacia forzada al derecho subjetivo material, de naturaleza social-fundamental, y buscar en el Poder Judicial esa actividad creadora, dispone la sociedad brasileña de algunos instrumentos jurídicos que el derecho procesal ofrece, los cuales pasamos ahora a apuntar en sucinto examen.

⁵⁶⁸ BOBBIO, ob. cit., pág. 52

2.5.1. La acción civil pública

El creciente uso de la acción civil pública (Ley n° 7.347/85) por parte del Ministerio Fiscal y de la sociedad civil ha hecho posible que el Estado brasileño aplique los derechos sociales. De hecho, los procesalistas suelen pensar que la acción civil pública se está convirtiendo en el recurso más importante para presentar demandas colectivas a fin de lograr que se cumplan los derechos sociales fundamentales. Se ha centrado en la protección de los intereses difusos y colectivos que, por naturaleza, son transindividuales y, desde el punto de vista de las soluciones, indivisibles. Posteriormente se aumentó la protección de los derechos individuales homogéneos, diseñada con el fin de ampliar la protección de las relaciones de consumo.⁵⁶⁹ El objeto de la acción civil pública consiste, por lo tanto, en sentenciar a la persona demandada a que cumpla con la obligación de hacer o no hacer. La condena al cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer implica la posibilidad de ejecución específica en el sentido de atender al incumplimiento del deudor mediante la realización de la providencia fallida o deshacer lo que se hubiera hecho de manera inapropiada. Existe la posibilidad de imponer una multa diaria si esta fuese suficiente o compatible con la solución. La *causa petendi*, según MEDINA,⁵⁷⁰ es consecuencia del daño que causa al medio ambiente, a los intereses del

⁵⁶⁹ Conf. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, págs. 117-135.

⁵⁷⁰ MEDINA, ob. cit., págs.124-126.

consumidor, a los bienes o derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, al orden económico o a cualquier otro interés difuso o colectivo, y se completa tanto con la necesidad de restablecer el *status quo ante* como ante el hecho de adoptar medidas preventivas para las futuras consecuencias que pretendan recuperar o salvaguardar los bienes o derechos protegidos. Su legitimidad activa se reserva a las entidades públicas (destacándose el Ministerio Fiscal) y a entidades que actúan en defensa de ciertos intereses sociales. En el polo pasivo de la relación procesal se pueden hallar tanto personas físicas como jurídicas, sean de derecho privado o de derecho público.

Algunos tribunales fueron pioneros en Brasil en la concesión judicial de los derechos sociales. ARI MELLO⁵⁷¹ cita dos casos típicos para demostrar la viabilidad jurídica de la garantía de los derechos sociales a través de procesos judiciales. El primer caso se refiere a una decisión del Tribunal de Río Grande del Sur (Ap. Cív. n. 70000438135, 4ª Câm. Cív., Rel. Des. WELLINGTON PACHECO BARROS), que sentenció al municipio de Porto Alegre a comprar camas pediátricas de hospital, incluso en la UCI, en entidades privadas siempre que los niños o los adolescentes “necesitasen una intervención urgente y no hubiera camas disponibles del Sistema Único de Salud-SUS”:

⁵⁷¹ ARI MELLO, ob. cit., págs. 263-266.

“Ya se sabe que la salud pública es obligación del Estado, en abstracto, sin importar la esfera del poder que, efectivamente, la cumple, ya que la sociedad que contribuye y paga todo, sin distinción, al ente público que le exige impuestos cada vez más altos, en todas y cada una de las esferas del poder estatal, sin que a nadie se le dé explicaciones del destino de esos recursos.

[...]

Por otro lado, tampoco sensibiliza la discusión con respecto a la necesidad de prever la asignación presupuestaria para tales gastos, ya que eso no le corresponde a la administración de justicia, sino tan solo al administrador que debe satisfacer las necesidades de los contribuyentes, la salud pública, entre otras muchas obligaciones, especialmente a los más necesitados y a los enfermos.”

El segundo caso afecta a dos temas muy queridos para los que se oponen a la justiciabilidad de los derechos sociales, perturbándolos: la supuesta incapacidad del sistema judicial de reemplazar al administrador, sobre todo en lo que respecta al orden público y, como consecuencia, su legitimidad, en tales casos, frente al principio de separación de poderes.⁵⁷² Así,

⁵⁷² Ver, entre otros, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *in La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 2001, 3ª edición, 4ª reimpresión, págs.123 y ss y pág. 157 y ss.; IGNACIO DE OTTO, *in Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel, 2001, 2ª edición, 8ª reimpresión, pág.41 y ss, y pág.76 y ss.

contraviniendo la alegación de falta de recursos para implementar la política pública, el Tribunal de Río Grande del Sur (A. Cív. n. 596.017, 7^a Câm. Cív., Rel. Des. SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, juzgado el 12.3.1997) condenó al Estado de Río Grande del Sur a instalar y mantener programas de internamiento y régimen de semilibertad para jóvenes delincuentes, por lo que decidió lo siguiente:

“La Constitución federal, en su artículo 227, considera de máxima prioridad las cuestiones que afecten a los niños y a los adolescentes; así, el estado miembro no puede eximirse, alegando falta de presupuesto, de la aplicación del programa de internamiento y régimen de semilibertad para jóvenes infractores, pudiendo el Ministerio Fiscal evaluar la acción civil para que la Administración del Estado cumpla tal disposición legal, no tratándose, en tal caso, de una afrenta al poder discrecional del administrador público, sino de exigirle que cumpla con el mandato constitucional.”

[...]

La apelación insiste en que la sentencia ha invadido la esfera privada del Poder Ejecutivo, inmiscuyéndose en asuntos de oportunidades y conveniencia. Con la mayor reverencia, no se trata de eso cuando se da cumplimiento a una norma constitucional explícita. No se puede argumentar que la norma jurídica del art. 227 de la CF, en el *caput*, sea meramente programática, a riesgo de dejar una vez más de aplicar la Constitución con ese tipo

de pretexto, lo cual, por desgracia, se ha venido utilizando para no aplicarla, en muchos casos cuando más convenía.

[...]

La obligación de hacer consiste en incluir en el siguiente presupuesto una dotación suficiente para crear, instalar y mantener en funcionamiento programas de internamiento y régimen de semilibertad para jóvenes infractores, decisión restringida al municipio de Santo Ângelo, donde se presentó la propuesta de acción.”

Esas decisiones demuestran que es posible no solo garantizar efectivamente los derechos sociales, sino también que es necesario, en esa tesitura, superar la inercia de la legislatura o la típica excusa de falta de recursos financieros. La postura del Tribunal gaucho recibió el apoyo de la Sección Primera del Supremo Tribunal Federal, en virtud del voto del ministro ILMAR GALVÃO, que se resume a continuación:

“El derecho a la salud, tal y como se garantiza en la Carta, no debe sufrir los obstáculos impuestos por las autoridades administrativas, con el fin de reducirlo o impedir el acceso al mismo. La decisión recurrida [...] atentó contra el mayor objetivo del propio estado, es decir, el de la atención a la salud.”⁵⁷³

⁵⁷³ Supremo Tribunal Federal. 1ª Sección. RE n. 226.835-6 Rel. Min. Ilmar Galvão. ISTF 180 apud LEITE SAMPAIO, José Adércio. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, pág. 700.

2.5.2. Acción de inconstitucionalidad por omisión (art.103, § 2º de la Constitución brasileña).

Constituciones como la portuguesa de 1976, en su redacción de 1982 (art. 283, incisos 1 y 2), y la brasileña de 1988 (art.103, § 2º), contemplan la acción de inconstitucionalidad, por más que los asuntos de derecho, en el caso de la primera, se limiten al Presidente de la República y al Defensor del pueblo.⁵⁷⁴ No obstante, en Brasil la inconstitucionalidad por omisión surgió a partir del ejemplo portugués.⁵⁷⁵

La medida pretende hacer que el Gobierno haga efectiva una norma programática de la Constitución mediante la expedición del acto normativo necesario para el cumplimiento del precepto. La inconstitucionalidad es el resultado de no dar

⁵⁷⁴ Cuando se base en la violación de derechos de las regiones autónomas, el requerimiento de inconstitucionalidad por omisión será propuesto por los presidentes de las asambleas legislativas regionales (artigo 283. º/1).

⁵⁷⁵ Entre otros, REBELLO DE BRITO POLETTI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1998, pág. 222. También BONAVIDES, en un concienzudo trabajo sobre el constitucionalismo luso-brasileño, *in Reflexões – Política e Direito* (São Paulo, Malheiros, 3ª edição, 1998, pág. 427), no solo identificaba la fuente de la instrucción sino que también hacía firme profesión de fe sobre su funcionamiento: "Estamos ante una instrucción de control de constitucionalidad seguramente inspirado por la Constitución portuguesa de 1976 de la cual, muy probablemente, se haya sacado, pues no tenemos conocimiento de otra fuente constitucional extranjera en la que se haya defendido tan original y eficaz precepto. Se trata de un precepto de la máxima utilidad con el que afianzar el paso de un constitucionalismo meramente programático a un constitucionalismo social de eficacia y legalidad irrefutables (...) No puede ser otra la fuente de esa norma sino el artículo 279 de la Constitución de Portugal, en su numeración original, anterior a la primera revisión que tuvo lugar en 1982. Con dicha revisión se convirtió en el artículo 283 del texto vigente".

cumplimiento a una “promesa” constitucional. Según lo que recoge el § 2º del art. 103 de dicha norma, “declarada la inconstitucionalidad por omisión de medida para hacer efectiva una norma constitucional, se le comunicará al poder competente para que adopte las medidas necesarias y, en el caso de un organismo administrativo, para que lo haga en el plazo de 30 días”.

FERREIRA FILHO ⁵⁷⁶, decepcionado, dice que esas constituciones solo prevén, una vez que el Tribunal comprueba que se ha producido una omisión, que se le comunique al legislador pero éste, si quiere, puede quedarse de brazos cruzados impunemente. Respecto a la realización efectiva de los derechos sociales, cuando reclama que se establezca el servicio público, el constitucionalista de la Universidad de São Paulo añade que esta medida “difícilmente puede resultar de una decisión judicial” dado que “tal institución depende de innumerables factores que no se armonizan con el imperativo judicial”. De este modo, dice, “la inconstitucionalidad por omisión ha sido papel mojado y el *mandado de injunção*⁵⁷⁷ de poco han servido.”

De hecho, esta acción se presta a reprender al legislador y obligarlo a actuar. Pero JOSÉ RUBENS DA COSTA⁵⁷⁸ apunta que ante ese reproche, el Poder Judicial podrá y deberá

⁵⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 2002, pág. 52.

⁵⁷⁷ Sobre el mandado de injunção ver el ítem siguiente (2.5.3.)

⁵⁷⁸ Sobre RUBENS DA COSTA, ob. cit., pág. 442.

establecer “sanciones” como, a falta de una regulación posterior, considerarse “regulado” por interpretación legal. Esto se debe, como hemos visto, a que la simple censura puede ser inocua. La acción parte de la premisa de que el legislador tiene la obligación constitucional de actuar. Luego, cuando el legislador incumple este deber de manera arbitraria, es decir, sin bases reales, el individuo podrá interponer una demanda⁵⁷⁹ mediante la acción constitucional. El precepto es algo distinto del *mandado de injunção*, ya que el primero no objetiva la realización de un acto determinado; objetiva la expedición de un acto normativo necesario para el cumplimiento del precepto constitucional que, de otro modo, no podría ser aplicado. Se limita, así, a informar al órgano legislativo competente para que subsane la omisión.

2.5.3. El *mandado de injunção* (art 5º, LXXI, de la CF)

El *mandado de injunção* tiene como objetivo reparar el daño causado a los derechos fundamentales. Pretende conseguir un derecho, no la determinación para establecer una norma (como en el caso de la acción de inconstitucionalidad por omisión). Desempeña, por lo tanto, un papel importante, siempre que la falta de normas reguladoras haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las

⁵⁷⁹ BVerfGE, 1:97(105) in RUBENS DA COSTA, ob. cit., pág. 442.

prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía.⁵⁸⁰ Por lo tanto, la premisa es que la falta de norma o la desatención del legislador no pueden seguir impunes.⁵⁸¹ Por eso hay que empujar al Estado para que actúe positivamente.

Se trata, entonces, de la realización del elemento social del Estado democrático de derecho, evitando que la falta de regulación conduzca al vaciado de los derechos fundamentales o que formulase penas solamente en el plan de lo derecho ideal/formal de libertad y no en la realización de la igualdad real/material.⁵⁸²

RUBENS DA COSTA⁵⁸³ cree que el *mandado de injunção* y la acción de inconstitucionalidad por omisión son “el anverso y el reverso” de la misma situación. Por el primero se atenderá a una pretensión individual, lo que habrá que hacer en caso obligatorio de aplicación a semejantes hipótesis. En cuanto a la segunda, se intentará llenar la laguna o la omisión legislativa.

⁵⁸⁰ El mandado de injunção está en el artículo 5º, LXXI de la Constitución. Objetiva suplir omisión normativa de los poderes “siempre que la ausencia de norma reguladora torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía.” Esa acción procesal, de rango constitucional, tuvo origen en el siglo XIV, en Inglaterra, originándose del juicio de equidad, que es utilizado siempre que la common law no ofrece protección bastante y no hubiera norma legal reglando la cuestión. Su fuente más cercana es el writ of injunction del derecho estadounidense que es un instrumento procesal que sirve para la

⁵⁸¹ RUBENS DA COSTA, ob. cit., págs. 440-442.

⁵⁸² RUBENS DA COSTA, ob. cit., pág. 442.

⁵⁸³ RUBENS DA COSTA, ob. cit., pág. 446..

La omisión, en este caso, se considera de manera objetiva. Mientras que la inconstitucionalidad por omisión es un instrumento de control concentrado en el Supremo Tribunal Federal, el *mandado de injunção* indica un control difuso y no concentrado, previsto en las competencias del Supremo Tribunal Federal (art. 102, 1, q), en las del Superior Tribunal de Justicia (art. 105, 1, h) y se supone que en las de otros tribunales mediante la posibilidad de recurso.⁵⁸⁴ Los puntos que comparten ambas instrucciones se encuentran (a) en la ausencia de una norma reguladora de la Constitución; (b) en la preocupación por hacer efectiva la Carta Política; (c) en la intención de hacer de la Ley Mayor un instrumento vivo de derechos, con total eficacia, “y no mera retórica incapaz de hacer realidad algunas de sus determinaciones”.⁵⁸⁵ De ahí que REBELLO DE BRITO POLETTI entienda, al contrario que otros autores, que el origen de nuestra *injunction* está en la inconstitucionalidad por omisión del Derecho portugués⁵⁸⁶ y RUBENS DA COSTA, yendo aún más lejos, busca su origen, vía acción de inconstitucionalidad por omisión, en el Derecho alemán.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ REBELLO DE BRITO POLETTI, ob. cit., pág. 220. .

⁵⁸⁵ REBELLO DE BRITO POLETTI, ob. cit., pág. 221.

⁵⁸⁶ Al contrario, JOSÉ AFONSO DA SILVA defiende el origen del sistema en la *injunction* inglesa o americana, al igual que CÉLIO BORJA y HÉLIO TORNAGHI. Por otro lado, JOSÉ RUBENS DA COSTA halla su origen en el Derecho alemán: “La jurisprudencia constitucional alemana, con el desarrollo de la *Unterlassungsklage*, puede ser una inspiración remota de la acción de inconstitucionalidad por omisión y, dadas las deficiencias mencionadas, como la falta de sanción, del *mandado de injunção*”.

⁵⁸⁷ RUBENS DA COSTA, ob. cit., pág. 446.

Mediante la autoaplicabilidad del *mandado de injunção*⁵⁸⁸ (ADIn n. 23-3, SP, Pleno, 9.8.89, Rel. Ministro SYDNEY SANCHES, *DJ* 1.9.89, Em. N. 1.553-1), el Supremo Tribunal Federal, además de otras cuestiones importantes relacionadas con la instrucción a partir de su creación (CF/1988) – aunque la forma de hacerlo hasta ahora deje mucho que desear – decidió que: (a) es una acción que se propone contra el Poder (órgano, entidad o autoridad) que descuida la norma reguladora necesaria para hacer viable el ejercicio de los derechos mencionados en el art. 5º, LXXI; (b) está dirigida a la obtención de una sentencia que declare que se ha cometido omisión constitucional o que establezca el plazo para que eso no ocurra; (c) no se presta a conseguir una sentencia constitutiva a favor del autor en la realización de su derecho subjetivo, garantía o prerrogativa; (d) una vez concedido, tan solo confiere efecto mandamental, es decir, comunicar al Poder que subsane la omisión. De otro modo, el Supremo Tribunal Federal decide por el uso inapropiado del *mandado de injunção* para el ejercicio de derecho derivado de una norma constitucional autoaplicable (MI 97 ‘Questão de Ordem’, Rel.Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, 1.2.90).

Tal vez en un intento de ayudar a salvar la utilidad del mencionado diploma legal, tan importante para hacer viables ciertos derechos sociales, POLETTI desarrolla en este aspecto

⁵⁸⁸ Se ve así que se llegó a obstaculizar, ab absurdo, un duro debate respecto a la autoaplicabilidad o no del propio *mandado de injunção*, llegando afortunadamente a buen término respecto a la garantía de su aplicabilidad inmediata.

una tesis ingeniosa aunque inapropiada: propone que su petición se haga solamente después de la declaración de inconstitucionalidad por omisión y cuando, una vez informado el Poder, este no subsane la omisión. La inconstitucionalidad por omisión sería, según este razonamiento, una especie de prerrequisito, una condición *ante*, un *prius* respecto a la *injunção*,⁵⁸⁹ lo que no nos parece correcto, al menos con relación a los objetivos de este último. También AFONSO DA SILVA⁵⁹⁰ se equivoca al afirmar que el mandado de *injunção* es

“... un instrumento de la realización práctica de la disposición del art. 5º, § 1º de la Constitución”. Ahora bien, la norma autoaplicable ofrece regulación para que produzca sus efectos, razón por la cual elimina la hipótesis de uso del *mandado*. Respecto a la jurisprudencia, el Supremo Tribunal comete un error al afirmar que, al dar procedencia al mandado de *injunção*, tan solo informa al Poder sobre su omisión. El más alto Tribunal de Justicia del país no fue capaz de comprender bien su misión constitucional, en un momento decisivo para la consolidación del *mandado de injunção*, por lo que renunció a un papel más adecuado a sus competencias reales.⁵⁹¹

⁵⁸⁹ REBELLO DE BRITO POLETTI, ob. cit., pág. 229.

⁵⁹⁰ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, 6ª edição, pág. 387.

protección de los derechos de la persona humana, tales como la libertad de expresión, de asociación, educación, ciudadanía, nacionalidad y otros.

Como se sabe, los derechos que están a la espera de una regulación son, básicamente, los relativos al modelo del estado de bienestar, en el que se exige una prestación positiva del Estado. En el fondo, lo que se discute es el papel del Poder Judicial en ese Estado social y democrático de derecho. Es decir, ¿cuál es el papel del Poder Judicial cuando los demás poderes estatales no hacen caso de la regulación, por ejemplo, de los derechos sociales, o no reconocen su auto aplicabilidad, respecto a los fundamentales?⁵⁹² La decisión del Supremo Tribunal, durante mucho tiempo, apuntó claramente hacia una resistencia a aplicar los nuevos direccionamientos político-ideológicos preconizados en la Carta constitucional, los cuales están orientados, mediante la protección de las normas de derechos sociales, a la disminución de las desigualdades materiales. De este modo el Supremo se cubrió indebidamente, *in casu*, con la espesa capa de la “auto restricción judicial”, por lo no fue capaz de entender que estaba uniendo su omisión a la de los demás poderes abriendo así una nefasta laguna en la aplicación de principios constitucionales ineludibles. Los ministros MARCO AURÉLIO MELLO y CARLOS VELLOSO, cuando entraron a formar parte de aquel Tribunal, después de las posturas anteriores, claramente retrógradas, consiguieron

⁵⁹¹ Para un razonable análisis, véase PORTO DE CARVALHO, Márcia Haydée. *Hermenêutica Constitucional*. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1997, pág. 39, refiriéndose al Mandado de Injunção n. 107, rel. Ministro Moreira Alves.

⁵⁹² Tiene el mismo punto de vista, entre otros, VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, págs. 120-121.

trasladar algunos avances respecto a los principales objetivos de la instrucción, gracias al desarrollo de las siguientes ideas: (a) la acción del tribunal debe ser más amplia, debe lograr las aspiraciones previstas en lo que respecta al propio *mandado de injunção*; (b) debe hacer viable el ejercicio del derecho en sí mismo, de lo contrario no se estará hablando de *mandado de injunção* [...] ni tampoco de sentencia en armonía con esa instrucción, sino de sentencia pertinente a la acción directa de inconstitucionalidad por omisión [...]; el *mandado de injunção* tiene una conclusión concreta, no significa apenas una victoria pírrica para el peticionario [...]; (d) el *mandado de injunção* debe hacer viable el ejercicio del derecho previsto en la Carta. Por su parte, el ministro CARLOS VELLOSO planteó la diferencia que existe entre las dos instrucciones: “el objetivo de la acción directa de inconstitucionalidad es la defensa de la orden judicial; la finalidad del *mandado de injunção* ya es proteger el derecho subjetivo constitucional...”.

En un estudio bien documentado, SOARES GÓES⁵⁹³ destaca que el Tribunal Supremo daría el primer paso para recuperar los verdaderos objetivos de la instrucción por medio del informe del ministro SEPÚLVEDA PERTENCE (MI 283/DF - DJ 20.03.1991), hecho que considera un auténtico separador de aguas en la agitada vida del *mandado de injunção*. El hecho

⁵⁹³ Conf. CARLA MARIA SOARES GÓES en su bien elaborada relación histórica sobre la evolución jurisprudencial del Supremo Tribunal con relación al *mandado de injunção*, in “Dos efeitos das decisões proferidas em mandado de injunção”, publicado na Revista da Faculdade de Direito da UNIFACS, Vol. 1 - 2001, pág. 135.

al que se refiere está basado en lo dispuesto en el § 3° del art. 8° del ADCT, que ofrecía reparación económica, “en la forma que disponga la ley [...], con entrada en vigor en un plazo de 12 meses”, a los ciudadanos que no pudieran ejercer sus actividades profesionales en la vida civil, por imposición de los actos arbitrarios del Ministro de Aeronáutica durante el periodo dictatorial. Al no editarse la ley, el STF decidió que “vencido el plazo previsto (norma constitucional) el beneficiario de la reparación que se ha ordenado conceder tiene legitimidad para solicitar un *mandado de injunção*, dado que existe en este caso un derecho subjetivo constitucional de ejercicio obstado por la omisión legislativa denunciada”. Y confirma lo siguiente:

[...] corresponde al Poder Judicial, al deferir la *injunção*, añadir a los efectos mandamentales típicos, la provisión necesaria para advertir al interesado sobre la eventualidad de que no se lleve a cabo el proceso legislativo, en el plazo razonable que se establezca, de manera que se le conceda, en la medida de lo posible, la satisfacción provisional de su derecho.

En conclusión:

“premisas de las que resultan, en este caso, la aprobación del *Mandado de Injunção* para: (a) declarar en mora a la legislatura respecto a la orden de legislar recogida en el art. 8° [...], comunicándoselo al Congreso Nacional y a la Presidencia de la República; (b) establecer un plazo de 45

días, más otros 15 para la sanción presidencial, a fin de que se lleve a cabo el proceso legislativo de la ley reclamada; (c) si se agota el plazo establecido sin que se haya promulgado la ley, reconocer al peticionario la capacidad de obtener, contra la Unión, mediante la vía procesal adecuada, sentencia líquida de condena a la reparación constitucional debida por las pérdidas y daños ocasionados; (d) declarar que, promulgada la sentencia, la supervivencia de la ley no perjudicará a nada ya juzgado que, por otro lado, no impedirá al peticionario que obtenga los beneficios de la ley posterior, en los aspectos que le sean más favorables”.⁵⁹⁴

Obsérvese que el Tribunal Supremo, con esta decisión, pasa a (1) establecer un plazo, que la Constitución no recogía, para adoptar provisiones legislativas; (2) formaliza la responsabilidad del Poder Público para que haga viable la reparación de daños, por el peticionario perjudicado; y (3) resuelve la cuestión de la cosa juzgada, al garantizar su indemnidad ante la persistencia de la norma inexistente, permitiendo “que el peticionario pueda gozar en usufructo, en el futuro, de posibles beneficios derivados de la ley posterior a

⁵⁹⁴ La corriente doctrinal no concretista defiende que solamente puede ocurrir en el mandado de injunção la notificación del poder omiso. Ya la corriente concretista – que parece ser la nueva postura del STF, defiende que el mandado de injunção debe permitir concretamente el ejercicio del derecho. Así, la posición “concretista individual” defiende que la decisión tendrá efectos inter partes; por su turno, la posición “concretista general” defiende que la decisión tendrá efectos erga omnes.

la cosa juzgada”. El ministro CARLOS VELLOSO, en aquel momento, redujo la comprensión jurisprudencial a una parte ponderable de la doctrina:

En el *Mandado de Injunção*, reconociendo el juez o el tribunal concretamente que el derecho que concede la Constitución es ineficaz o inviable, debido a la falta de una norma infraconstitucional, hará, el juez o el tribunal, por fuerza del *Mandado de Injunção*, la integración del derecho a la orden judicial, haciendo así que sea eficaz y ejercitable [...].

Más adelante surgirían otras valoraciones de la misma tesitura: “Con la persistencia del estado de mora del Congreso Nacional que, aunque informado por el STF dejó de cumplir con la obligación de legislar que le fue impuesta mediante el art. 8º, § 3º, do ADCT/1988, se les reconoce, desde luego, a los beneficiarios de esa norma provisional la posibilidad de enjuiciar, con base en el derecho común, la pertinente acción de reparación económica”. (STF – MI 384 – RJ – T.P. – Rel. p/ Ac. Min. Celso de Mello – DJU 22.04.1994).

Mientras que algunas decisiones del STF, todavía en 1991 y 1992, avanzaban hacia una perspectiva innovadora, más recientemente, en 1994, la exégesis realizada sobre el art. 37, VII, de la Constitución de 1988, supuso un claro retroceso en este sentido. Por eso, la cuestión todavía no está completamente resuelta en ese tribunal, todo lo contrario,

conforme se desprende del contenido de la siguiente resolución (MI 573-3/DF, rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJU 26.02.1999):⁵⁹⁵

[...] según el pronunciamiento de la mayoría de los miembros del STF, opinión respecto a la que tengo profundas reservas, el *mandado de injunção* tiene un carácter meramente declaratorio, siendo un medio para obtener provisión jurisdiccional en el que se reconoce la omisión del Congreso Nacional. El Pleno de esta Corte, en contra de mi voto y los votos de los ministros CARLOS VELLOSO e ILMAR GALVÃO, ha declarado la imposibilidad de otorgarle eficacia al *Mandado de Injunção* hasta el punto de lograr que se establezcan los parámetros indispensables para el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía [...] Es decir, en opinión de la mayoría, el *Mandado de Injunção* se presenta con rasgos semejantes a

⁵⁹⁵ En respecto a los efectos de la sentencia, tradicionalmente el Supremo Tribunal Federal siempre adoptó entendimientos diversos de acuerdo con el órgano competente para suplir la omisión. Así, si el órgano competente es administrativo, el Poder Judicial concede plazo razonable para ese órgano suplir la omisión. Caso la omisión sea del Poder Legislativo, la decisión apenas reconoce la omisión y declara la morosidad del poder competente.

la acción directa de inconstitucionalidad por omisión [...].⁵⁹⁶

Más congruente con los propósitos constitucionales del *Mandado de Injunção* se muestra la siguiente decisión del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro:

DOBLE GRADO OBLIGATORIO DE JURISDICCIÓN – AYUNTAMIENTO – CONCEJAL – REGLAMENTO INTERNO – *MANDADO DE INJUNÇÃO* – CONVOCATORIA DE SUPLENTE – Impedimentos sucesivos y persistentes. Falta de norma reglamentaria. *Mandado de injunção* concedido. Al no haber determinado el Reglamento Interno del Ayuntamiento la convocatoria de suplente de concejal en caso de impedimentos sucesivos y persistentes en la etiqueta del mismo partido, el Poder Judicial puede, mediante regulación provisional, subsanar la omisión a fin de garantizar al suplente de turno el ejercicio de su derecho constitucional de desempeñar el cargo mientras el titular y los suplentes anteriores no puedan hacerlo. Sentencia confirmada. (TJRJ - DGJ 25/95 - (Reg. 050795) - Cód. 95.009.00025 - 2ª C.Cív. - Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho - J. 18.04.1995).

Según lo que acabamos de ver, se puede afirmar que la propuesta de JOSÉ RUBENS DA COSTA, formulada poco

⁵⁹⁶ Esa posición ha cambiado con los nuevos juzgados. Un ejemplo de la evolución del STF en respecto al mandado de injunção en el sentido "concretista" puede ser vista en las decisiones proferidas en el MI 670 y MI 708 que tratan del derecho de huelga en el servicio público. En la primera decisión (MI 670) la Corte ha aplicado, por analogía, la ley de huelga de la iniciativa privada a los servidores públicos, adoptando, así, la corriente "concretista individual directa". En el mandado de injunção 708, el STF fue más allá al determinar que la ley de huelga fuese aplicada a todos los servidores públicos del Brasil y no apenas a aquellos cuyos intereses estaban siendo defendidos en la acción 708, dando, por tanto, un efecto erga omnes al fallo.

después de ser promulgada la Constitución⁵⁹⁷, se encuentra más cerca de los objetivos de la instrucción:

El Poder Judicial deberá prestar el derecho, deberá conceder una participación o exigir al Estado una prestación, ambos no definidos en la ley. [...] servirá de *leading case* para otras situaciones similares por lo que, con el tiempo, la jurisprudencia otorgará al *Mandado de Injunção* el carácter de auténtica normativización.

Por lo tanto, tiene que existir una decisión de carácter declaratorio constitutivo a favor del peticionario y en honor de los objetivos de la instrucción, la cual pretende una medida satisfactoria del derecho constitucional fundamental. Tiene que existir una “voluntad de constitución” más pulida, sobre todo el máximo órgano de la magistratura brasileña. En última instancia, están en juego los ideales democráticos, es decir, la transformación de la realidad económica y social mediante la disminución de las desigualdades sociales. Todo parece indicar que este es el camino que se vislumbra para el futuro del *mandado de injunção*, aunque, actualmente, su aplicación, por desgracia, esté todavía muy alejado del verdadero sentido de su creación.

⁵⁹⁷ RUBENS DA COSTA, ob. cit., pág. 442. JOSÉ RUBENS DA COSTA cita, en este contexto, una importante decisión del Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE, 1:97 (105)): “Lo esencial en la realización del Estado social, solo corresponde al legislador; este está constitucionalmente obligado a actuar, en el sentido de lograr un equilibrio soportable de los intereses opuestos y la prestación de condiciones de vida. Pero cuando el legislador no cumple, arbitrariamente, este deber, es decir, lo hace sin bases legales, el individuo podrá obtener, mediante acción constitucional, una pretensión”.

2.5.4. Ação de argüição por incumplimiento de precepto constitucional – art. 102, § 1º de la CF (conforme a la ley)

El proceso del que trata este precepto constitucional se reguló mediante la Ley 9.882, de 3 de diciembre de 1999. Este instrumento procura el incumplimiento del precepto fundamental cuando sea relevante la base de la controversia constitucional sobre la ley o el acto normativo federal, del estado o del municipio. Puede, así, tener por objeto evitar o reparar el daño causado a un precepto fundamental como resultado de un acto del Poder Público. La imputación se presenta ante el Supremo Tribunal Federal, teniendo legitimidad para ejercer el derecho de acción los mismos que tienen legitimidad para la acción directa de inconstitucionalidad. FERREIRA FILHO⁵⁹⁸ recuerda que la decisión sobre la inconstitucionalidad o no de los actos impugnados ante jueces y tribunales puede ser revocada por el Supremo Tribunal Federal. El curso de la acción se detendrá hasta que el Tribunal decida la cuestión, de tal modo que la decisión, en contra o a favor de la constitucionalidad, “prevalecerá para todas las demandas que la involucren”. Por lo tanto, incidirán el efecto vinculante respecto a los demás órganos del poder público y eficacia *erga omnes*. Una vez que la acción sea procedente, “se enviará comunicación a las

⁵⁹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Editora Saraiva, 28ª edição, 2002, pág. 41.

autoridades y a los órganos encargados de la práctica de los actos cuestionados, estableciéndose las condiciones y el modo de interpretación y aplicación del precepto fundamental”. En caso de que se declare la inconstitucionalidad en el juicio de la imputación, el STF podrá, al igual que actúa respecto a la acción directa de inconstitucionalidad, por una mayoría de dos tercios de sus miembros, restringir los efectos de la declaración o disponer que solo se haga efectiva a partir del curso en juzgado o en otro momento que se establezca, con el propósito de invocar la “seguridad jurídica” o de “interés social extraordinario”. Según FERREIRA FILHO,⁵⁹⁹ “de ahí deriva –lo que lógicamente es una contradicción– que se considere nulo el acto inconstitucional, aunque tenga validez hasta un determinado momento”.

Hay que destacar que, como bien observó JOSÉ AFONSO DA SILVA,⁶⁰⁰ los preceptos fundamentales no son los principios fundamentales. La primera expresión es mucho más amplia y en ella se circunscriben, además de esos preceptos, todas las prescripciones que otorgan sentido básico al régimen constitucional [...] especialmente a la designación de derechos y garantías fundamentales. AFONSO DA SILVA lo considera un instrumento de refuerzo de la misión que reservó la Constitución para el Supremo Tribunal Federal.

⁵⁹⁹ FERREIRA FILHO, ob. cit., pág. 41.

⁶⁰⁰ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros Editores, 18ª, 2000, pág. 561.

2.5.5. A modo de conclusión general

Los instrumentos procesales en los que nos centramos aquí, sin excluir otros que puedan usarse⁶⁰¹ eventualmente para garantizar los derechos sociales, objetivan la actuación del Estado prohibiéndole la omisión, lo que sin duda exige un mayor esfuerzo interpretativo por parte de jueces, juristas, abogados, promotores, procuradores, consultores, o cualquier ciudadano pues, como se sabe, el sistema legislativo va dirigido a todos y la Constitución, para que se convierta en una “fuerza activa”, tiene que poseer, en la “conciencia general” y sobre todo en la “conciencia de los principales responsables del orden constitucional”, lo que HESSE⁶⁰² llama “voluntad de constitución”. Por lo tanto, la eficacia de los derechos sociales, así como las condiciones que garanticen esa efectividad, dependen en gran medida de su correcto manejo e interpretación. Es evidente que para eso hay que sobrepasar completamente “la visión estática y semántica que

⁶⁰¹ V.g., como instrumentos constitucionalmente previstos tenemos en el derecho brasileño lo siguiente: Derecho de petición, habeas corpus, mandato de seguridad, mandato de seguridad colectivo, habeas data y acción popular; y basándose en los artículos 461 y 287 (imposición de multa pecunaria como medio de coerción); artículos 639 a 641 (ejecución de las obligaciones); y artículos 644 a 645 (obligación de hacer y no hacer), todos del Código del Proceso Civil brasileño, Jônatas Luiz Moreira de Paula desarrolla una interesante tesis sobre “A Jurisdição como elemento de inclusão social – revitalizando as regras do jogo democrático”, São Paulo, Editora Manole, 2002.

⁶⁰² HESSE, Konrad, ob. cit., pág. 19.

tradicionalmente dirige la hermenéutica constitucional”⁶⁰³, de la que es claro ejemplo la postura que todavía hoy impera en el Supremo Tribunal Federal por parte de sus miembros, según hemos visto anteriormente con respecto al instituto del *mandado de injunção*. Por otro lado, existen instrumentos procesales suficientes para realizar los derechos sociales pero, como hemos observado, las dificultades no están en este aspecto. No creo, por lo tanto, que la creación de otra instrucción jurídica con esa misma finalidad, como formulaba LOPO SARAIVA ⁶⁰⁴, pueda vencer, de alguna manera, la resistencia que todavía se presenta para garantizar judicialmente esos derechos ya que existe todo un sistema legislativo, que irradia de la Constitución, suficientemente amplio para hacerlos valer totalmente, pero que por culpa de un enfoque político-jurídico sesgado todavía no se ha podido actuar de manera apropiada.

⁶⁰³ Conf. expresión utilizada por CLÁUDIO ARI MELLO, *in Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito*, ob. cit., pág. 283.

⁶⁰⁴ LOPO SARAIVA, Paulo. “Mandado de garantia social”, *in Perspectivas Constitucionais* (Org. JORGE MIRANDA), vol. III, Coimbra Editora, 1998, págs. 237-262. No obstante, PAULO BONAVIDES (ob. cit., pág. 596), considera la propuesta de PAULO LOPO SARAIVA (incluida también en la obra “Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil”, *Forense*, Rio de Janeiro, 1983, es decir, anterior a la Constitución de 1988), “feliz y originalísima”, capaz de “rellenar una tremenda laguna en la garantía de los derechos sociales y extirpar por completo el tenor programático que el entendimiento de algunos intérpretes de la Constitución todavía atribuye a aquellos derechos...”. Añade que el instituto sugerido es “incomparablemente superior al malogrado instituto de inconstitucionalidad por omisión, según certifica la experiencia nacional”.

Respecto a los instrumentos procesales que son objeto de nuestro análisis y su relación con los derechos sociales presentamos las siguientes consideraciones:

A. En Brasil, gracias a la comprensión y al esfuerzo del Ministerio Público, mediante sus diversas oficinas sectoriales, y debido al cambio en la concepción de justicia social por parte de los jóvenes jueces federales de primera instancia y los de cada estado, así como por parte de los juzgados intermedios⁶⁰⁵, la acción civil pública se ha revelado como un eficiente instrumento para la realización de las normas de carácter constitucional auto aplicables, para las que se exige la adopción o implementación de políticas públicas apropiadas para la consecución de los derechos sociales, sin necesidad de la intermediación legislativa (por ejemplo, § 1º, art. 208 de la CF: El acceso a la enseñanza obligatoria y gratuita es un derecho público subjetivo), así como para la consecución de aquellas normas ya reglamentadas que aún no están en vigor debido a la inercia del poder público.

⁶⁰⁵ Una investigación divulgada por el Instituto de Investigación Económica Aplicada (IPEA) en agosto de 2003, muestra que entre los motivos para que no se invierta en infraestructuras pueden estar la parcialidad y la morosidad de la Justicia brasileña. Según la investigación, el 78% de los magistrados prefieren basar sus decisiones en cuestiones relacionadas con la justicia social más que en respetar los contratos. En ese estudio realizado entre 800 jueces, miembros del Supremo Tribunal de Justicia y ministros de tribunales, entre los jueces con menos de 40 años un 83,7% considera que, más que respetar contratos, lo que debe imperar en una sentencia es la justicia social. Entre los magistrados de São Paulo, Río de Janeiro, Río Grande del Sur y Distrito Federal, el índice es de un 70%.

B. La acción de inconstitucionalidad por omisión, que sirve básicamente para proteger el derecho objetivo⁶⁰⁶, se impone cuando no existe una ley reguladora cuya omisión impida al ciudadano, por ejemplo, disfrutar de los derechos sociales. La propia ley constitucional, en innumerables casos, remite su regulación a la legislación ordinaria especificando esa situación con expresiones del tipo “conforme a la ley” (por ejemplo, art. 201, *caput* de la CF: “la previsión social será organizada [...] y atenderá, conforme a la ley...”). Son leyes no ejecutables inmediatamente y muchas veces la complementación depende del acto o acción administrativa.

C. El *mandado de injunção* debe proteger el derecho que contemplan esas normas que confieren derechos subjetivos constitucionales pero cuyo ejercicio se vea obstaculizado por la falta de una ley reguladora. Son, generalmente, las leyes programáticas de naturaleza no auto aplicable (por lo tanto, fuera del ámbito de incidencia del art. 5º, § 1º), y por ello no inmediatamente ejecutables, para las que la Constitución no hace referencia expresa en la regulación, casos en los que incidiría la acción de inconstitucionalidad por omisión.⁶⁰⁷ No

⁶⁰⁶ Conf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, 7ª ed., pág. 505.

⁶⁰⁷ Conf. CARRION, Eduardo K.M. *Acesso à Justiça*. Rio Grande do Sul: *Revista da Fac. de Direito da UFRGS*, n. 13/14, 1997, p.117 in *Júris Síntese* n. js164-32: “Mientras que la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, que se refiere a la ‘omisión de medida para hacer efectiva cualquier norma constitucional (CF, art. 103, § 2º)’, tiene como finalidad principal la defensa del orden constitucional, el mandado de injunção, que se refiere a la ‘falta de norma reguladora que haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la

se mencionan de manera exhaustiva los derechos sociales en el art. 6° de la CF; se pueden encontrar en decenas de disposiciones, como es el caso de la protección a la familia (artículos 226 a 230), el derecho al medio ambiente (art. 225), etc., razón por la cual muchos de esos derechos no auto aplicables, y a falta de regulación, pueden ser reivindicados mediante la vía del *mandado de injunção*. Este instrumento ni exige ni debería cuidar de ninguna ley reguladora, pero sí exclusivamente del derecho material reclamado que es un derecho subjetivo constitucional cuyo ejercicio ha sido impedido por la omisión legislativa⁶⁰⁸. Se trata, en última

nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía (CF, art. 5°, LXXI)”, es un instrumento de defensa de un legítimo derecho individual o colectivo de base constitucional. Por eso mismo, al tratarse de una acción directa de inconstitucionalidad por omisión, la legitimidad activa se restringe, se reserva a ciertas personas físicas o jurídicas como resultado de su papel constitucional; al tratarse de un mandado de injunção, la acción es amplia, autorizada para cualquier persona física o jurídica que tenga un legítimo derecho individual o colectivo de base constitucional que defender. Es natural que derive de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, teniendo en cuenta su naturaleza, básicamente efecto declaratorio y efecto mandamental. Eso mismo no podría darse con relación al mandado de injunção, debiendo producirse, respetando su naturaleza diferente, además del efecto declaratorio y del efecto mandamental, la atención, al menos parcial, del derecho reclamado que no se ha hecho viable por falta de una ley reguladora, ni aún legislando de manera supletoria y provisional para un caso concreto. Se corre el riesgo de que el mandado de injunção se transforme en una acción directa de inconstitucionalidad por omisión subsidiaria, en la que una de las diferencias principales sería tan solo la ampliación de la legitimidad activa. Por otro lado, tal interpretación agrade el sistema constitucional que prevé, precisamente, mecanismos distintos para situaciones y soluciones diversas. En general, los tribunales se han mostrado contrarios, en sede de mandado de injunção, a atender, al menos parcialmente, el derecho reclamado pero imposibilitado por falta de una ley reguladora. Algunas decisiones del STF, ya en 1991 y 1992, avanzaban hacia una perspectiva innovadora; por otra parte, más recientemente, en el año 1994, la exégesis del artículo 37, VII, de la Constitución de 1988 supuso una clara inflexión en ese sentido”.

⁶⁰⁸ Conf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, p. 297-299, “la regulación consistiría en el relleno o el desarrollo del contenido del derecho, clasificándolo, concretando el sentido, siempre para ampliarlo, nunca para disminuirlo.

instancia, de otorgar un derecho que no puede ser ejercido hasta entonces debido a la falta de una ley complementaria pero que, independientemente de esta, su disfrute está garantizado judicialmente. De este modo, permite al titular del derecho ejercitarlo efectivamente y, en ese campo, si se comprendiera su finalidad política correctamente, el poder público se estructuraría mejor hacia ese fin, en sus diversos ámbitos de competencia.

D. El incumplimiento del precepto de inconstitucionalidad se incluye en el ámbito de los derechos sociales, ya que pretende evitar o reparar el daño al precepto fundamental resultante del acto del poder público, pudiendo el interesado provocar la iniciativa del Procurador General de la República para la debida reclamación (*arguição*) ante al Supremo Tribunal, así como requerir que proceda de esa manera el Consejo Federal del Colegio de Abogados, Partido político y entidad de clase de ámbito nacional, sin perjuicio de la iniciativa de las demás personas de derecho legitimadas para ello. Al estudiar el asunto, el STF declara o no la inconstitucionalidad de la ley o del acto legislativo.

E. En conclusión, podemos decir que en lo que respecta al derecho público subjetivo, el ciudadano está capacitado para exigir al Estado tanto la prestación directa como la indemnización, y que cuando se trate de una garantía general,

La concretización se dirigiría a la ejecutabilidad de la norma constitucional definidora del derecho, no ejecutable por sí misma.”

el Ministerio Público (art. 129 de la CF) promoverá la responsabilidad de las autoridades que no estén incorporando las políticas públicas ya definidas por ley (presupuestarias y programas) y en los reglamentos administrativos.⁶⁰⁹

Hay que poner de relieve, por otro lado, que las leyes presupuestarias, incluso los presupuestos de previsión social, podrán ser impugnadas mediante acción directa de inconstitucionalidad (art. 102, I de la CF), siempre que afronten disposiciones constitucionales, como el art. 201 (“La previsión social se organizará”, etc.) y sus párrafos, y el art. 212 (“La Unión aplicará anualmente nunca menos de dieciocho, y los Estados, el Distrito Federal y los municipios veinticinco por ciento, como mínimo, de la receta resultante de los impuestos, comprendida la que proceda de transferencias, en el mantenimiento y desarrollo de la enseñanza”) y su respectiva jerarquía (ley complementaria referida en el art. 163 de la Constitución, plan plurianual, ley de directrices presupuestarias, presupuesto anual). Podrá igualmente ser promovida la responsabilidad del Presidente de la República especialmente en el caso del art. 85, VI, y del art. 167, § 1º.⁶¹⁰

⁶⁰⁹ Conf. JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, *Direito Subjectivo e Direitos Sociais: o dilema do judiciário no estado social brasileiro*, pág.137, Malheiros Editores, 2ª tir.,1998.

⁶¹⁰ LIMA LOPES, ob. cit., pág.137.

CODA

“Yo nada entiendo de la cuestión social. / Yo hago parte de ella, simplemente.../ Y se solamente de mi propio mal, / Que no es bien el mal de toda la gente.

Mário Quintana, in *A Rua dos Cata-ventos*.

El estándar elemental de dignidad o mínimo social, debe situarse por encima del concepto de supervivencia, entendido aquí como "la satisfacción de las necesidades fisiológicas elementales", por debajo del concepto de abundancia, en aquel sentido dado por ROSANVALLON de "superación de las necesidades". Estas, por lo tanto, permanecen, y como son "ilimitadas", es decir, situadas en un plano ideal, los Estados, a partir de aquel estándar elemental, deben promover la reducción de las desigualdades mediante la voluntad de implementar una igualdad económica y social.

Los derechos sociales tienen su fuente ética en la dignidad de la persona (MIRANDA), siendo esta un presupuesto de los derechos sociales. Esa dignidad es definida por RAMALHO RABENHORST⁶¹¹ como una *cláusula abierta* que asegura a todos los individuos el derecho a la misma consideración y respeto, siendo el propio *ethos* de la moralidad

⁶¹¹ RAMALHO RABENHORST, Eduardo. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília, Brasília Jurídica, 2001.

democrática. La garantía de los derechos fundamentales sociales, así, en su estándar elemental, no depende de su condicionamiento económico o de la "reserva de lo posible", ya que es una exigencia del principio constitucional de la dignidad de la persona, de la igualdad jurídica y del propio concepto de democracia. "La integración del derecho al orden jurídico, convirtiéndolo así en eficaz y ejecutable" –para usar una expresión acuñada por el ministro CARLOS VELLOSO – es el auténtico papel del judicial frente a las normas constitucionales de derechos sociales.

Los individuos tienen, así, en el campo de los derechos sociales, el derecho a la acción que los capacite para exigir una prestación o, como sanción, el derecho a obtener una indemnización. Existe, de este modo, al fundamentar ese derecho a la prestación, una imprescindible e imperiosa conformación a los principios constitucionales de justicia social los cuales fueron firmemente enunciados en las Cartas políticas, tanto del Brasil como de Portugal y España. Corresponde, por lo tanto, al Poder Judicial, investirse de la misma legitimidad de los demás poderes para concretar los fines constitucionales, entre los cuales se insertan los derechos sociales aquí tratados. Respecto al cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se debe tener en cuenta que la interpretación de esos derechos se hace de la forma más amplia posible.

De esta forma, si hay un consenso en cuanto a la necesidad de garantizar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza y reducir las desigualdades sociales, la manera de llegar a este objetivo constitucional, sin embargo, difiere en el interior de los Estados democráticos, sea en el momento de la gestación de las políticas públicas, sea en la implementación de los actos políticos.⁶¹² Para los que preconizan una intervención restringida del Estado en la actividad económica, los programas sociales, incluyendo en ellos la provisión de renta, bienes y servicios, “constituyen una amenaza para los intereses y libertades individuales, ya que inhiben la actividad y la competencia privadas y generan indeseables extensiones de los controles de la burocracia”.⁶¹³ Por lo tanto, para los seguidores de esa línea de orientación política, es el propio Estado de bienestar social, como su sistema de políticas sociales, “el responsable por todos o casi todos los males que nos afligen y que tienen que ver con la crisis económica y el

⁶¹² El entonces presidente LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA afirmó (en el inicio de Rede 10, programa promovido por la Unión Europea para combatir la pobreza urbana) que las políticas de transferencia de renta se pulverizan en el país. Según él, los cerca de 7 billones de reales que el gobierno federal tiene para esas políticas, no contemplan el objetivo de distribuir la renta. Dirigiéndose a un público de integrantes de ONGs, de gobiernos regionales y de entidades latinoamericanas que desarrollan proyectos de inclusión, LULA achacó la falta de integración entre el gobierno federal, estados y municipios al problema. “O combinamos el juego con los estados y ayuntamientos y proyectamos dar un rumbo preciso, o el dinero va a seguir saliendo de las arcas públicas y no alcanzar a quien queríamos”. Además de la falta de coordinación, el presidente también dijo que la política de renta se efectúa con carácter electoral en el país: “hubo un tiempo en Brasil en el que la transferencia de renta se hacía teniendo en cuenta la proximidad de las elecciones. Entonces, cada ministro creaba su propia política social y no había ningún criterio de utilización”. (*Folha de São Paulo*, on line, el 14.4.2003).

⁶¹³ Conf. BRAIDE, Sônia M., al analizar las ideas de MILTON FRIEDMAN *in As políticas sociais e o neoliberalismo*: Revista da USP, marzo/abril/mayo de 1993, Univ. de São Paulo, pág. 90.

papel del Estado", puesto que a través de la financiación de programas sociales, los resultados fueron lo opuesto de lo deseado, como por ejemplo: la ampliación del déficit público, inflación, reducción del ahorro privado, falta de estímulo al trabajo y a la competencia, disminución de la productividad, falta de estímulo a los estudios –situación que resultó incluso en la destrucción de la familia, en la formación de "bandas" y en la criminalización de la sociedad.⁶¹⁴ Para escapar de ese cuadro anómalo –aún bajo este prisma– la acción del Estado en el campo social debería atenerse –y solamente cuando sea necesario– a programas asistenciales, como el auxilio a la pobreza, de forma complementaria a la filantropía privada, pero dirigidos a grupos no específicos para no provocar perturbaciones en el mercado. Dos tareas, no obstante, justificarían la acción pública en el ámbito de lo social: la de seguridad y justicia, por un lado, y la de educación básica, por el otro.⁶¹⁵

Se ve así claramente delineado un dilema que enfrenta, por un lado la tradición universalista de consagrar el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda, a la provisión y a la asistencia social, todos garantizados por el Estado proveedor y, por otro, el recetario liberal de un Estado que debe dar prioridad a las fuerzas del mercado pues sólo a través de ellas

⁶¹⁴ BRAIDE, ob. cit., pág. 90.

⁶¹⁵ BRAIDE, ob. cit., págs.90-93.

será posible distribuir bienes y servicios, no para todos sino para los más capaces.

Hay, sin duda, una diferencia acentuada entre pretender implementar políticas dirigidas a la erradicación de la pobreza, por ejemplo, y una política que simplemente busca promover un auxilio de emergencia a los pobres. La cuestión, sin embargo, gana contornos más complejos cuando, bajo el palio de la misma Constitución, los gobiernos que se suceden intentan imprimir políticas ideológicamente antagónicas entre sí o, a lo largo del mandato de un mismo gobierno, los técnicos que integran la burocracia estatal unas veces penden a adoptar un modelo otras se inclinan a experimentar diversas alternativas. Es obvio que de estas opciones políticas depende en gran medida la efectividad de los derechos sociales.

Pese a que Brasil es un estado que tiene en su Constitución la síntesis del modelo liberal y social,⁶¹⁶ se puede apreciar en este su breve tránsito constitucional un fuerte

⁶¹⁶ Para JOSÉ RUBENS COSTA, (ob. cit., pág. 432), "La Constitución brasileña tiene como modelos a la de Portugal, con su Estado de Derecho Democrático, y la de España, con el Estado Social de Derecho. En verdad ambas se inspiraron en el famoso y enigmático Estado Social de Derecho de la Ley Fundamental (Grundgesetz) de la República Federal de Alemania". BONAVIDES (Constitucionalismo Luso-Brasileiro, *in Reflexões-Política e Direito*, São Paulo, Malheiros, 1998, pág. 428), señala, en justo reconocimiento, que "...donde más fuerte se hizo sentir por último la influencia del pensamiento constitucional de Portugal sobre el Brasil fue en la esfera doctrinal, en las clases impartidas en nuestras Facultades de Derecho, en la jurisprudencia de nuestros tribunales y en las obras de nuestra literatura jurídica, principalmente a través de dos distinguidos constitucionalistas portugueses: el Profesor JORGE MIRANDA, de la Universidad de Lisboa, y el profesor J.J. GOMES CANOTILHO, de la Universidad de Coímbra. Sus compendios de Derecho Constitucional se hicieron de presencia obligatoria en casi todas las bibliotecas públicas y particulares de Brasil donde haya libros de derecho".

desequilibrio en el sistema político ya que, mientras el “estado liberal” sigue generando beneficios con un PIB de casi un trillón de dólares al año, que lo coloca entre la diez más grandes economías del planeta, el “estado social” enloda y humilla el sentimiento cívico en la nación al revelar la impresionante cifra de más de dos docenas de millones de pobres e indigentes,⁶¹⁷ hecho que a todas luces transgrede el principio de la dignidad humana contenido en el art. 3º de su Ley Fundamental y que luego denuncia *a priori* la falta de equidad social.⁶¹⁸ El crecimiento económico, por lo tanto,

⁶¹⁷ La Síntesis de Indicadores Sociales 2002, divulgada por el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística) en Río de Janeiro, señala la desigualdad como característica de la sociedad brasileña. De acuerdo con el Instituto, aún con la mejora de casi todos los indicadores sociales, todavía hay una gran distancia entre hombres y mujeres, entre blancos y negros, entre ricos y pobres, y entre las regiones. Los datos, basados en informaciones de la Investigación Nacional por Muestra de Domicilios (Pnad) de 2001, revelan que la desigualdad por color fue más fuerte que la de género. Los hombres negros y trigueños ganaban un 30% menos que las mujeres blancas, mientras que entre los 10% más pobres, casi el 70% eran de color negro o trigueño. El 1% más rico tiene los mismos rendimientos de los 50% más pobre, y el 10% más rico gana 18 veces más del 40% de los más pobres. La principal diferencia entre hombres y mujeres está en los rendimientos. Las mujeres con grado de escolaridad igual o inferior a tres años de estudio ganan menos (61,5%) que los hombres que estudiaron el mismo tiempo.

Las mujeres con mayor grado de escolaridad (11 años o más de estudios) ganan menos (57,1%) que los hombres de este grupo. La concentración de mujeres en las clases de menor rendimiento también es grande. Según el IBGE, el 71,3% de las que trabajan reciben hasta 2 salarios mínimos (480 reales) frente al 55.1% de los hombres. La proporción de hombres que ganan más de 5 salarios mínimos es del 15,5% y la de las mujeres, el 9,2%.

Según esa misma investigación, el 10% de la población más rica gana 18 veces más que el 40% más pobre (2.744,30 reales frente a 149,85), y que el 1% más rico tiene casi la misma renta del 50% más pobre. Según el IBGE, la mitad de la población que trabaja en el país recibe al mes un promedio de 0,5 a 2 salarios mínimos (entre 120 y 480 reales). La investigación revela también que, en salarios mínimos, la renta media de la población cayó en relación a 1999. El 10% de los más ricos tuvieron mayor pérdida cuantitativa que el 40% más pobre. (Folha de São Paulo, on line, 12.6.203)

⁶¹⁸ Indignado, BONAVIDES (O Estado brasileiro e a Constituição de 1988, in Curso de Direito Constitucional, pág. 336) denuncia: “No hay duda de que en determinados círculos de las elites vinculadas a liderazgos reaccionarios se está programando la

tendrá que conjugarse con los principios de igualdad de la democracia para que la exclusión social se reduzca al mínimo posible.⁶¹⁹ En este panorama, la supuesta escasez de recursos no puede eximir al Estado⁶²⁰ de implementar políticas públicas que aseguren a todas las personas un "estándar elemental de dignidad", una especie de plataforma en donde todos los derechos sociales estén contenidos, por debajo de la cual la supervivencia humana no puede ser tolerada.

destrucción del Estado social brasileño. Si eso ocurriera, se perderán más de cincuenta años de esfuerzos constitucionales para mitigar el cuadro de injusticia provocado por una desigualdad social que asusta al mundo y humilla la conciencia de esta Nación".

⁶¹⁹ Conf. entrevista colectiva en la Conferencia Nacional de los Obispos del Brasil (CNBB), en Brasilia, el presidente de la CNBB, don GERALDO MAJELLA AGNELO, habló sobre el documento "Análisis de Coyuntura", hecho por un grupo de asesores de dicho órgano. Al preguntarle si la Iglesia Católica está de acuerdo con que "los indicadores macroeconómicos gozan de buena salud, al mismo tiempo que los indicadores sociales sufren de anemia crónica", don GERALDO afirmó: "Esta constatación es tan evidente que ciertamente todos nosotros estamos de acuerdo". (São Paulo: Folha on line, em 29/8/03).

⁶²⁰ Léase: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

**CAPÍTULO III: DERECHOS SOCIALES EN LAS CÁRCELES
DE MARANHÃO: REALIDAD Y UTOPIA**

CAPÍTULO III

3.1. La resistencia cultural a la reinserción social: una breve nota

“Vivo estaba Job cuando decía: ¿Quare perseguimini me, et carnibus meis saturamini? ¿Por qué me perseguís tan inhumanamente, vos, que me estáis comiendo vivo y hartando vos de mi carne? ¿Queríais ver un Job de estos? Vede un hombre de esos que andan perseguidos de pleitos o acusados de crímenes y ojee cuantos lo están comiendo. Cómelo el merino⁶²¹, cómelo el carcelero, cómelo el escribano, cómelo el solicitador, cómelo el abogado, cómelo el inquiridor, cómelo el testigo, cómelo el juzgador, y aun no está sentenciado y ya está comido. Son peores los hombres que los cuervos. Él triste que fue a la horca no lo comen los cuervos sino después de ejecutado y muerto; y lo que anda en juzgado, aún no está ejecutado ni sentenciado y ya está comido.”

ANTÓNIO VIEIRA, Padre, *in Sermão de Santo António aos peixes*.⁶²² Lisboa, Publicaciones Europa-América, edición n° 140958/4112, pág.61

El sistema penitenciario se incluye en la categoría de las más antiguas y provocadoras cuestiones de la criminología, de la política criminal y de la propia dogmática jurídica.⁶²³ Y el

⁶²¹ 1 Funcionario judicial correspondiente al actual oficial de diligencias. Funcionario que el rey nombraba para gobernar, con amplia jurisdicción, un territorio o comarca. Oficial inferior de justicia.

⁶²² Inspirado en la célebre jaculatoria de Santo Antonio en Italia, en la ciudad de Arimino, el jesuita ANTONIO VIEIRA ha producido con su “Sermón de Santo Antonio a los peces” una de las más importantes piezas de la oratoria sacra luso-brasileña en 13 de junio de 1654, en São Luís del Maranhão. Critica la prepotencia de los grandes que, como peces, viven del sacrificio de muchos pequeños los cuales engullen y devoran. El blanco son los colonos del Maranhão que, en Brasil, son grandes pero en Portugal hallan otros más grandes que los comen también a ellos.

⁶²³ Ver en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, los conceptos y relaciones de Dogmática, Política Criminal y Criminología: *Viejo y Nuevo Derecho Penal, principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid, Iustel, 2012, pág.26-27.

aumento de la violencia en países como Brasil pone en la línea de fuego al sistema punitivo actual y al castigo de privación de libertad. En ese contexto, la resocialización en la cárcel, es decir, llevar derechos sociales al ambiente carcelario es un desafío todavía tan afligido cuanto necesario, sobre todo si consideramos que el encarcelado es “una persona, sujeto de derechos, de deberes y de responsabilidades” en contraposición a la antigua orientación de la Escuela Positiva de Derecho Penal que comprendía el condenado como “individuo, sujeto pasivo de tratamiento”. La pena de prisión, vaciada de su contenido ético-jurídico retributivo y punitivo, sería ese tratamiento. No se consideraba al condenado con un status jurídico propio, configurado por derechos que permanecen a pesar de la sentencia condenatoria, bien como los deberes correspondientes a cada uno de esos derechos, y a la responsabilidad, sin la cual no se podría hablar en ejercicio de derechos y cumplimientos de deberes. El presupuesto implícito era que “todos” los delincuentes poseían perturbación en la salud mental, o desequilibrios y hasta anomalías en su desarrollo psíquico. La inversión de esa hipótesis hasta entonces adoptada llevó a la nueva concepción: todos los delincuentes son, como toda la gente, personas portadores de salud, desarrollo y equilibrio relativamente normales, y como tales deben ser tratados, debiéndose comprobar las excepciones en el caso de atenciones especiales. Esa reformulación ha propiciado el retorno de la noción de la pena

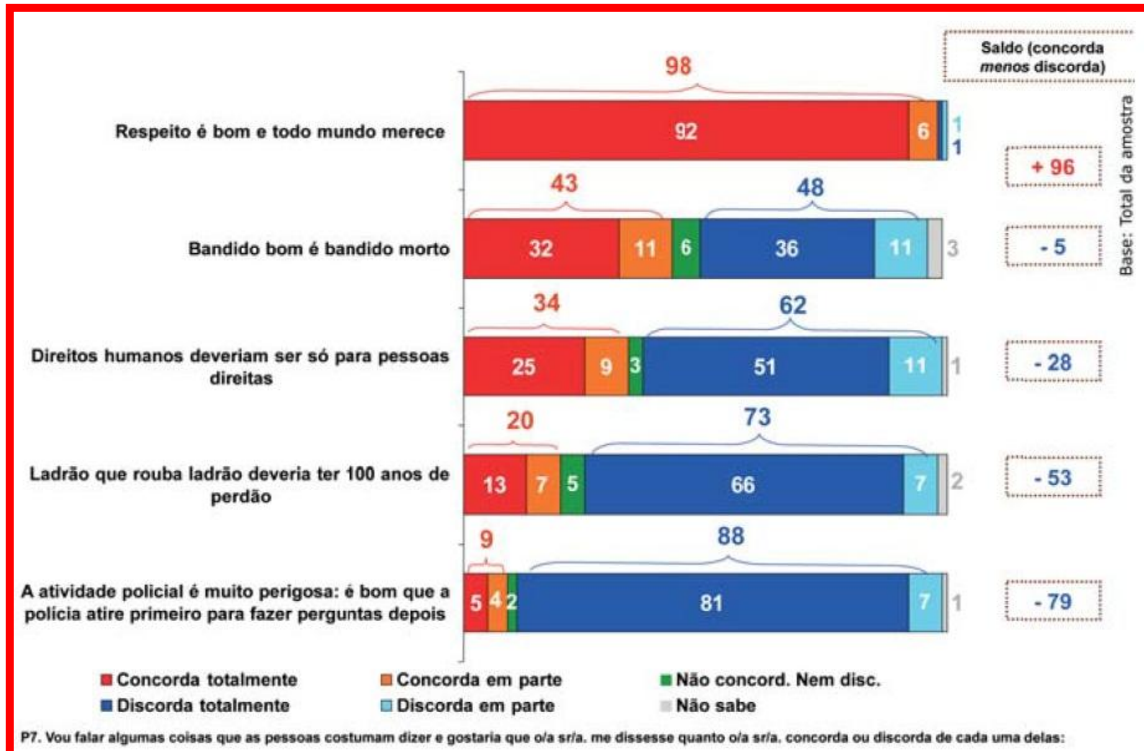
retributiva del hecho y punitiva de su autor. El Estado tiene el derecho de punir a quien transgrede su ley pero la punición ha de corresponder a la gravedad del hecho y debe ser conminada, aplicada y ejecutada en condiciones de estimular al condenado para que, de forma responsable, no vuelva a delinquir. En las palabras de ARMIDA MIOTTO,⁶²⁴

“El Estado no tiene derecho de `recuperar` al condenado pero tiene como contraparte de su derecho de punir, el deber de darle las condiciones circunstanciales para que él pueda, ejerciendo derechos y cumpliendo deberes de su status jurídico de condenado, corregirse, disponiéndose, consciente y voluntariamente, a no volver a delinquir.”

Pero los prejuicios sociales aún están arraigados y de esa manera son muy persistentes. En una investigación sobre “percepciones de la opinión pública sobre Derechos humanos”, publicada en el año 2010 por la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, un porcentaje del 43% de las personas estaba de acuerdo con la frase “el bandolero bueno es el bandolero muerto”, frente a un 48% que no lo estaba. Es decir, había una diferencia del 5% entre los que estaban a favor o en contra de esa afirmación. Como consecuencia, la respuesta social y legislativa ante la violencia

⁶²⁴ BERGAMINI MIOTTO, Armida. *A violencia nas prisões*. Universidade Federal de Goiania, 1992, pág.108

ciudadana en el país ha sido encarcelar más, endurecer más las penas.⁶²⁵



Cuadro 1

Es difícil, así, en Brasil, poder realizar acciones de resocialización de reclusos sin que esas acciones sufran un elevado grado de resistencia social, a pesar de la existencia de tratados y convenciones internacionales de las que el país es

⁶²⁵ "La sociedad, puesta contra la pared por la amenaza del delito, se encuentra en una encrucijada que exigiría mayor eficacia de la persecución punitiva que no puede seguir dándose el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad (la *Carta Magna del delincuente* de que hablaba VON LISZT), pues lo necesita como un instrumento eficaz de lucha contra el delito, dando lugar a un "derecho penal del enemigo", es decir, el delincuente. Esta suerte de "guerra santa" llegaría a justificar políticas criminales de seguridad ciudadana – versión posmoderna de las antiguas campañas de ley y orden – que así se transforma actualmente en el nuevo bien jurídico, que alimenta la creciente industria de la seguridad." - *In La insostenible 'modernización del derecho penal' basada en la 'tolerancia cero' desde la perspectiva de los países 'emergentes'* - JULIO LASCANO, Carlos - www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf

signatario.⁶²⁶ De hecho, el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, en obediencia a los principios de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y de aquellos insertados en los tratados, convenciones y reglas internacionales, fijó las reglas mínimas para el tratamiento de presos en Brasil por medio de la Resolución n° 14, de 11 de noviembre de 1994, y reglamentó su aplicación en la Resolución n° 01, de 20 de marzo de 1995. La legislación sobre ejecución penal en Brasil observa, como se ha visto, las recomendaciones de los principales documentos internacionales pero su aplicación, como es notorio, desvirtúa buena parte de los institutos en ella contenidos. En ese sentido, el Brasil ha sido siempre citado en materia de violaciones de derechos humanos, inclusive el propio Estado de Maranhão como ocurrió en el año de 2010.⁶²⁷ La realidad es que la gran mayoría de la población carcelaria vive confinada en celdas más allá de su capacidad, sin trabajo, sin estudios,

⁶²⁶ Entre las convenciones y tratados internacionales que establecen reglas y principios para la protección de todas las personas sujetas a cualquiera forma de detención o prisión están: Resolución n° 43/173, de la Asamblea General de las Naciones Unidas – 76ª Sesión Plenaria, de 9 de diciembre de 2008; Reglas Mínimas de la ONU para el tratamiento de reclusos, adoptadas en 21 de agosto de 1955 por el primer Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del crimen; y Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Brasil en 25 de septiembre de 1992.

⁶²⁷ Situaciones ocurridas en el Complejo Penitenciario de Pedrinhas, en 2010 y en las Comisarías de Policía de los municipios de Codó y Pinheiro, con asesinatos y decapitaciones de decenas de presos, llevaron al entonces presidente del Consejo Nacional de Justicia y del Supremo Tribunal Federal, ministro CEZAR PELUSO a dirigirse a la gobernadora del Estado de Maranhão, ROSEANA SARNEY, en oficio firmado en la fecha de 22.2.2011, para solicitar providencias urgentes y recordar que “el Estado brasileño, por situaciones de tal naturaleza, viene siendo denunciado en organismos internacionales de defensa de derechos humanos”.

sin cualquier asistencia dirigida a la resocialización. Pero el Art. 1º de la Ley de Ejecución Penal de Brasil (Ley nº 7.210, de 11 de julio de 1984), dice: “la ejecución penal tiene por objetivo efectuar las disposiciones de sentencia o decisión criminal y proporcionar condiciones para la armónica integración social del condenado y del internado”. Si aplicamos los términos de la Ley, la práctica de la resocialización es entendida así como una necesidad de propiciar al penado las condiciones que permitan su reestructuración a fin de que él vuelva a la sociedad y no vuelva a delinquir. Para autores brasileños como RENATO MARCÃO⁶²⁸ “La ejecución penal debe objetivar la integración social del condenado o del internado, ya que es adoptada la teoría mixta o ecléctica, según la cual la naturaleza retributiva de la pena no busca solamente la prevención sino también la humanización. Objetivase por medio de la ejecución, punir y humanizar.”

Dicho esto, verificamos que la resistencia cultural en el 43% de la sociedad brasileña dificulta las inversiones presupuestarias para la mejoría de las instalaciones de los establecimientos penales, base de las actividades de integración social del condenado o interno. Sin estructuras adecuadas y con celdas superpobladas no es posible desarrollar con eficacia plena una política pública de reinserción social. En el caso aquí estudiado del Estado de Maranhão, han sido dos años – 2011 y 2012 – enfrentando

⁶²⁸ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2005, 2ª ed., pág.1

intransigencias dentro y fuera del gobierno en el intento de llevar derechos sociales básicos a los condenados e internos, pero en que pese a todos los obstáculos enfrentados, los resultados se mostrarán positivos conforme se verá más adelante mediante los datos empíricos recogidos.

3.1.1. La prisión como pena en tres códigos criminales de Brasil

“Dicen que nadie conoce realmente a una Nación hasta que ha estado adentro de sus cárceles. No se debe juzgar a una Nación por cómo trata a sus ciudadanos más encumbrados, sino por cómo trata a los más humildes”.

Nelson Mandela

En una breve retrospectiva, vamos a ver que hace algunos siglos no existía la pena de prisión. La cárcel servía tan sólo como el medio en el que los acusados esperaban a que se aplicase la pena. Se encarcelaba y se mantenía preso a alguien para luego ahorcarlo, quemarlo en la hoguera, degollarlo, azotarlo, quemar a hierro y deportarlo, entre otros castigos. La prisión era la seguridad y la garantía de que se iba a aplicar la pena. Por lo tanto, existían cárceles en el antiguo derecho, mucho antes de que se introdujera la pena de detención. Era el tiempo de la “prisión-custodia”. La prisión, entonces, precede a la pena privativa de libertad y, en la época colonial de Brasil, como en el resto del mundo occidental, se usaba como medio de contención del presunto delincuente, manteniéndolo seguro

hasta el final del proceso para que se aplicara el castigo correspondiente.

En Brasil la prisión como castigo – junto con otras penas – surge por primera vez con el Código Penal del Imperio de 1830. Fue un código avanzado para su época que recibió los elogios de los criminalistas de entonces. Preveía la pena de muerte, galeras, destierro, multa, suspensión de empleo, pérdida de empleo y prisión. Preveía también la pena de latigazos, cuya aplicación se limitaba a los esclavos.⁶²⁹

Con la República (1889) y su Código Penal (1890), llegaron ocho tipos de penas. Los antiguos castigos corporales previstos en el Código Penal del Imperio se dejaron de lado, pasando las penas de privación de libertad a tener un papel más importante: prisión celular, reclusión, prisión con trabajo obligatorio, prisión en régimen disciplinario. Otras penas eran: interdicción, destierro, suspensión y pérdida de empleo público

⁶²⁹ El Código Criminal del Imperio, de 1830, es considerado un monumento jurídico brasileño. Siendo considerado uno de los diplomas legales que han contribuido sustancialmente con el derecho nacional y de otros países. Fue el primer Código Criminal de la América Latina e inspiró a varios legisladores en la creación de las leyes penales.

Antes de la elaboración de un Código Criminal Brasileño estaba vigente en Brasil el Libro X de las Ordenaciones Filipinas, que disciplinaba las penas y sus aplicaciones. Tal legislación contenía penas consideradas crueles y hasta incluso irracionales.

Con la Independencia de Brasil y la Constitución del Imperio de 1824, el derecho penal recibía nuevas ideas de naturaleza iluminista. En el artículo 179 de la Constitución del Imperio estaban dispuestos los principales derechos y garantías del ciudadano brasileño, muchas inspiradas en las conclusiones de ROUSSEAU, MONTESQUIEU, VOLTAIRE y CESARE BECCARIA.

En cuanto al derecho penal, la Constitución del Imperio estableció en el inciso VIII, del mencionado artículo que “nadie podrá ser preso sin culpa formada, excepto en los casos declarados en la Ley”. Comenzaba un nuevo período en el derecho criminal de Brasil. Influenciados por los pensamientos iluministas, buscaba la racionalidad y la obediencia a las leyes para todos los asuntos jurídicos.

con o sin inhabilitación para el ejercicio de otra actividad y multa.⁶³⁰

En 1940, con el Decreto ley 2.848, de 7 de diciembre, el país pasó a tener un nuevo Código Penal⁶³¹. Dicho código reducía las penas principales a tres tipos: reclusión, arresto y multa. Las penas privativas de libertad se ejecutaban conforme a un sistema progresivo dividido en periodos de hasta un total de cuatro. En 1941, con el Decreto ley 3.688, de 3 de octubre, entró en vigor un nuevo tipo de pena privativa de libertad, la prisión simple, establecida mediante el artículo 6° del dicho Decreto, también conocido como Ley de las contravenciones penales. Con la reforma de 1984, en la sección general del Código Penal y con la Ley de ejecuciones penales, se perfeccionaron las disposiciones anteriores.⁶³² Pero también con esa reforma, se introdujeron mediante la Ley 7.209/84 las penas restrictivas de derechos, entre ellas la prestación de servicio a la comunidad o a entidades públicas, la suspensión temporal de derechos y la limitación de fin de semana. Esas

⁶³⁰ Con el advenimiento de la República, BATISTA PEREIRA fue encargado de elaborar un proyecto de código penal, que fue aprobado y publicado en 1890, por lo tanto, antes de la Constitución de 1891. Hasta hoy ese Código Penal es considerado el peor de nuestra historia: ignoró completamente los notables avances doctrinales que entonces se hacían sentir, en consecuencia del movimiento positivista, bien como el ejemplo de los códigos extranjeros más recientes. El Código Penal de 1890 presentaba graves defectos de técnica, atrasado en relación a la ciencia de su tiempo.

⁶³¹ Finalmente, durante el Estado Novo, 1937, ALCÁNTARA MACHADO presentó un Proyecto de Código Criminal Brasileño, que apreciado por una Comisión Revisora, acabó siendo sancionado, por decreto de 1940, como Código Penal, pasando a regir desde 1942 hasta los días actuales, no obstante parcialmente reformado.

⁶³² En Brasil hubo hasta hoy tres Códigos: en 1830, Código Criminal del Imperio; en 1890, Código Penal del inicio de la República; y en 1940, Código Penal que en 1984 tuvo su parte general reformada.

penas son de carácter sustitutivo, denominadas por la sociedad “Penas alternativas”. Catorce años más tarde, la Ley 9.714/98 reformuló los dispositivos del Código Penal introduciendo otras dos penas restrictivas de derechos: la prestación económica y la pérdida de propiedades y bienes.

Las llamadas “Penas alternativas” intentan no llevar al sistema carcelario al criminal de baja peligrosidad que haya cometido algún crimen relativamente menos peligroso, evitando así que entre en contacto con otros criminales que tengan un potencial ofensivo más alto, haciendo de la reclusión una escuela del crimen. De esta forma, se entiende que la pena de reclusión se reserva a criminales de indiscutible peligrosidad cuya ejecución pasó a distinguirse tanto por la diversidad de regímenes (cerrado, semiabierto o abierto), como por el centro penitenciario en el que tenía que iniciarse el cumplimiento de la pena (penitenciarias, colonias agrícolas, centros de observación criminológica, hospitales de custodia y cárceles públicas).⁶³³

⁶³³ La pena de reclusión tiene que ser cumplida en régimen cerrado, semiabierto o abierto y la detención en régimen semiabierto o abierto. Para la pena privativa de libertad de reclusión, el condenado tendrá que iniciar el cumplimiento de la pena en régimen cerrado cuando la condena sea mayor de ocho años. Si no es reincidente y habiéndose fijado la pena en un mínimo de cuatro años y no más de ocho, tendrá que iniciar su cumplimiento en régimen semiabierto. Y si no es reincidente y la pena se ha fijado en cuatro o menos de cuatro años, tendrá que iniciar el cumplimiento en régimen abierto. La progresión hacia el régimen más atenuado está siempre sujeta al cumplimiento de una sexta parte de la condena.

3.1.1.1. *Los primeros sistemas de “prisión-pena”*

“La prisión, esa región la más sombría en el aparato de justicia, es el lugar donde el poder de castigar, que ya no se atreve a actuar a rostro descubierto, organiza silenciosamente un campo de objetividad donde, el castigo podrá funcionar en pleno día como terapéutica, e inscribirse la sentencia entre los discursos del saber”.

Michel Foucault,

Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión

Tomando como base algunas experiencias aisladas de Holanda, Alemania y Suiza, surgieron en Estados Unidos los primeros sistemas penitenciarios que marcarían el nacimiento de la pena privativa de libertad, más allá del concepto de prisión como simple medio de custodia. La “prisión-pena” nace a partir del siglo XVIII y ocupa desde entonces el primer plano en las relaciones del derecho penal moderno. Pero la prisión como pena ha pasado por varias fases hasta llegar a los modelos actuales.⁶³⁴

La base del “sistema pensilvano” o celulario⁶³⁵ era el aislamiento en la celda, con actividad laboral, y los reclusos solo podían recibir visitas del director, de los guardias, del capellán y de los miembros de las sociedades de Filadelfia que

⁶³⁴ ROBERTO BITENCOURT, Cezar. São Paulo, Editora Saraiva, 2001, pág. 57. Pero BERGAMINI MIOTTO, Armida, Editora Universidade Federal de Goiania, 1992, pág.107, entre otros, considera los finales del siglo XVI como el inicio de la aplicación de la privación de libertad como pena.

⁶³⁵ En 1776 fue construido un edificio con el fin de aplicar el *solitary confinement* a los condenados, el *Walnut Street Jail*, con base en las convicciones teológicas y morales de los *quakers* bien así bajo influencia de las ideas de HOWARD y de BECCARIA – NORVAL MORRIS, *El futuro de las prisiones*, pág.21, *apud* ROBERTO BITENCOURT, Cezar. São Paulo, Editora Saraiva, 2001, pág. 60

ayudaban a los presos. La única lectura permitida era la Biblia y los presos no podían recibir ni escribir cartas. No tenían ningún otro contacto con el mundo exterior. Este aislamiento total – aunque, en la práctica, solamente aplicado a los más peligrosos – se consideró más tarde una especie de “tortura refinada”, por lo que se atenuó a partir de 1829.⁶³⁶

Ya en el régimen “auburniano”, que preconizaba el silencio absoluto – *silent system* – existía el aislamiento nocturno, pero la actividad laboral durante el día era en común, aunque se imponía el silencio. Surgió en 1816 en la ciudad de Auburn, en el estado de Nueva York, por iniciativa del gobernador JOHN JAY que había enviado una comisión a Pensilvania para estudiar el sistema celular. Los prisioneros de Auburn eran divididos en tres categorías: 1) los más viejos y persistentes delincuentes, a quienes se destinó el alejamiento continuo; 2) los menos incorregibles que se quedaban en las celdas de aislamiento tres días en la semana y tenían permiso para el trabajo; y 3) los que eran considerados como recuperables que así podrían trabajar juntos durante el día, con el aislamiento solamente por la noche o siendo destinados a celdas individuales un día a la semana. De esa experiencia resultó que de ochenta prisioneros en alejamiento total

⁶³⁶ HANS von HENTING, *La pena*, pág.225, refiriéndose a las observaciones de CHARLES DICKENS en su visita a *Eastern Penitentiary*, en 1842, *apud* ROBERTO BITENCOURT, ob. cit., pág.61

continuo, con dos excepciones, los demás resultarían muertos, enloquecieron o consiguieron el perdón.⁶³⁷

Ese sistema casi no fue aplicado en el siglo XIX con excepción de alguna experiencia puntual, en España, en las prisiones-modelo de Madrid y de Vitoria.⁶³⁸ En relación al sistema de confinamiento solitario, aún utilizado en nuestros días, CEZAR ROBERTO BITENCOURT⁶³⁹ destaca la existencia de una inevitable paradoja:

“Los regímenes penitenciarios contienen siempre una extraña unión de funciones antitéticas: por un lado deben servir como instrumento para imponer orden y seguridad y, por otro lado, deben propiciar la rehabilitación del delincuente. Pero cuando un régimen penitenciario moderno utiliza un sistema celular estricto, similar al pensilvano, es evidente que ha abandonado totalmente el interés en obtener la rehabilitación del delincuente. De las buenas intenciones que impulsaron los hombres idealizadores del sistema celular ha restado solamente un hecho irrefutable: el confinamiento solitario se ha convertido en un excelente instrumento de dominación y control y, por esa razón, aun es utilizado en las prisiones modernas. Dentro de esa inevitable paradoja se

⁶³⁷ JOHN LEWIS GILLIN, *Criminology and penology*, pág. 279; EDWIN SUTHERLAND y DONALD CRESSEY, *Principles of criminology*, 1960, *apud* ROBERTO BITENCOURT, ob. cit., pág. 70

⁶³⁸ CARLOS GARCÍA VALDÉS, *Regímenes penitenciarios en España*, pág.32; JOSÉ ANTÓN ONECA, *La prevención general*, pág.505, *apud* ROBERTO BITENCOURT, ob. cit., pág. 66

⁶³⁹ Conf. ob. cit., pág. 68

desarrollan muchos de los sistemas penitenciarios modernos.”

Y añadiendo ese entendimiento el propio autor afirma que a pesar de todos los esfuerzos para convertirlo en instrumento de resocialización, “no puede el sistema penitenciario dejar de cumplir su papel de eficaz instrumento de control y de dominación”. De hecho, la experiencia ha demostrado que no se debe tener el ilusorio optimismo de eliminar ni la violencia ni la criminalidad. Además, en los propios documentos de trabajo de las Naciones Unidas no se habla de “eliminar” pero si de “controlar”. Hablase de intentar reducir la violencia y la criminalidad a índices que es posible tolerar. Realizar esfuerzos para eliminar los factores que provocan o pueden provocar la violencia sin, entre tanto, ilusionarnos por el simple hecho de que no es posible eliminarla sino únicamente reducirla.⁶⁴⁰

3.1.1.2. Orígenes y eficacia de los sistemas progresivos

En el siglo XIX se impuso la pena privativa de libertad, que demostraba ser un medio más eficaz de control social, eje principal del sistema actual. Transitase de la “prisión-custodia” a la “prisión-pena”. La esencia de ese régimen consiste en distribuir el tiempo de duración de la condena en periodos, ampliándose en cada uno de ellos los privilegios que puede

⁶⁴⁰ En ese sentido, BERGAMINI MIOTTO, Armida. *A violência nas prisões*. Universidade Federal de Goiás, Centro Editorial, 1992, 2ª edición, pág. 43

disfrutar el recluso según sea su buena conducta y su demostrado aprovechamiento. El preso también puede reincorporarse a la sociedad antes de que termine el plazo de condena.

Este sistema tiene una doble finalidad: (1) intenta crear un estímulo para la buena conducta del recluso y, a su vez (2) conseguir gradualmente su reforma moral y prepararlo para la futura vida en sociedad. Ha dado así una gran importancia a la propia voluntad del recluso y al mismo tiempo disminuyó el rigorismo en la aplicación de la condena.⁶⁴¹ En los historiales de ese sistema están el Capitán australiano ALEXANDER MACONOCHIE (1840) y el Coronel español MANUEL MONTESINOS y MOLINA (1834). MONTESINOS creía en la recuperación del recluso, sobre todo por medio del trabajo, y por lo tanto la función del presidio era devolver a la sociedad hombres honrados y ciudadanos trabajadores. La “prisión-pena” surge, así, bajo el impulso de un acto humanitario con la finalidad de promover la reforma del encarcelado. Esa idea, sin embargo, hasta hoy va en contra del concepto, enraizado en el sentimiento del pueblo que sufre con la ola de violencia cada vez más acentuada, de que la cárcel es un sitio donde se debe permitir el sufrimiento y la mortificación del delincuente. Así, para muchos, en Brasil, es un error permitir el cambio de

⁶⁴¹ El sistema progresivo, conforme menciona ROBERTO BITENCOURT, tiene antecedentes en España, remontándose al inicio del siglo XIX, de 1802 a 1806, en la cárcel de Cádiz G. Lasala. Conf. ob. cit., pág. 82. Para una buena síntesis del sistema penitenciario español véase: SANZ DELGADO, Enrique. *Los orígenes del sistema penitenciario español: ABADÍA y MONTESINOS*. Universidad de Alcalá, in www.dspace.uah.es.

régimen y un reflejo de ese clamor popular estaba en el artículo 2, § 1, de la Ley 8072/90 que trataba de endurecer el combate de los llamados crímenes atroces. De esa manera, e intentando dar una respuesta a la presión social, el artículo ha traído la prohibición de canje de régimen para los condenados por crímenes horribles que deberían cumplir todo el período de la condena en un sistema cerrado. El Supremo Tribunal Federal se ha pronunciado al respecto de esa negación estableciendo su inconstitucionalidad a la luz del artículo 5, inciso XLVI de la Constitución Federal que estatuye el principio de la individualización de la pena.

En relación a ese tema, la línea actualmente adoptada por el Supremo Tribunal Federal en Brasil puede ser avalada por medio del HC 82959 / SP - São Paulo, Habeas Corpus, siendo relator el ministro MARCO AURELIO, en sentencia de 23/02/2006, la cual está basada en los siguientes términos:

Sumario - La progresión en el régimen de privación de libertad, bajo la modalidad cerrada, semiabierta y abierta, tiene su razón más importante en la rehabilitación del preso que, más tarde o más temprano, retornará a la convivencia social. [...] Colisiona con la garantía de la individualización de la pena - artículo 5, inciso XLVI de la Constitución Federal - la imposición, por regla general, de penas de cumplimiento íntegro en regímenes de encierro. Nueva inteligencia del principio de individualización de la pena, la evolución de la jurisprudencia, el establecimiento de la inconstitucionalidad del artículo 2, § 1, de la Ley 8072/90.

La inconstitucionalidad del § 1° del artículo 2° de la ley n° 8.072, del 25 de julio de 1990:

Esta materia me condujo a someter, en la forma prevista en el artículo 22 del Reglamento Interno, el presente caso a este Plenario. Es que tengo como relevante la alegación de conflicto entre el § 1° del artículo 2° de la ley n° 8.072/90 con la Constitución Federal, considerado que el principio isonómico en sentido amplio, a los efectos de la individualización de la pena previsto en el inciso XLVI del artículo 5° de la Carta, e incluso el mismo principio implícito según el cual el legislador ordinario debe actuar teniendo como objetivo mayor el bien común siendo inseparable de la noción de este último la observancia de la dignidad de la persona humana, que se ve socavada por la supresión, por completo, de un contexto revelador de esperanza, aunque mínima, de alcanzar un cumplimiento de la pena en un régimen menos riguroso. El párrafo bajo examen preceptúa que en los crímenes atroces definidos en el artículo 1° de la citada ley, o sea, los de latrocinio, extorsión calificada por la muerte, extorsión mediante secuestro extorsivo en su forma calificada, estupro, atentados violentos al pudor, epidemia con resultado muerte, envenenamiento de agua potable o de sustancia alimenticia o medicinal, calificado por la muerte, genocidio, tortura, tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines y también el terrorismo, la pena será cumplida íntegramente en régimen cerrado.

En particular, cuestionó que ese sistema relativo a la ejecución de la pena, contraría las reglas generales del Código Penal y la ley de ejecución de penas, distinguiendo entre ciudadanos no por las condiciones socio psicológicas que les son propias, sino por el episodio criminal en el que, por uno u otro motivo, se involucraron. En la actividad legislativa, cuya formalización no requiere más que un renglón, se pone al

condenado a uno de los citados crímenes como el señor de la peligrosidad, incapaz de merecer la posibilidad de humanización de la pena que posibilita el régimen de progresividad, y se expone a la sociedad al retorno abrupto de aquel que segregara, aún con las cicatrices inherentes al abandono de sus características personales y a continuar la vida en un ambiente nada propicio para atender las situaciones de vida anormales y que por eso mismo, no ofrece un cuadro armónico con la deseada resocialización.

Señor Presidente, tengo al régimen de cumplimiento de la pena como algo que en el campo de la ejecución se racionaliza, evitando la conocida idea del "mal por el mal causado" que como es sabido, es contraria a los objetivos del propio contrato social. La progresividad del régimen está inextricablemente ligada a la de la propia pena, ya que proponiendo al condenado días mejores, incentiva la corrección de rumbo y por tanto a emprender un comportamiento penitenciario vuelto hacia el orden, el mérito y una futura inserción en el medio social.

¿Qué se puede esperar de alguien que, de antemano sabe de la irrelevancia de sus propios actos y reacciones durante el período en el cual permanecerá fuera del medio social y familiar y de la vida normal a la que tiene derecho un ser humano; que ingresa a la cárcel con el estigma de la despersonalización? Sobre este enfoque, digo que la principal razón de ser de la progresividad en el cumplimiento de la pena no es en sí la minimización de ésta o un beneficio indebido, porque de lo contrario a lo resuelto en la instancia anterior, aquel acabó perdiendo el bien mayor que es la libertad. Es más bien en aras de preservar el ambiente social, la sociedad que, cuando pasen los días, recibirá a aquel que inobservó la norma penal dando lugar a la puesta en movimiento del aparato punitivo del Estado. A ella no le interesa el retorno de un ciudadano, que estuvo encerrado, embrutecido, recuperándolo

a su manera, en ese medio, recuperación que el tiempo va demostrando a mas no poder, que resulta una cuasi utopía.

Por cierto, la ley n° 8.072/90 padece, en particular de extremos contradictorios. Al tiempo que dispone sobre el cumplimiento de la pena en régimen cerrado, eliminando la progresividad, permite la libertad condicional, o sea, el retorno del condenado a la vida gregaria incluso antes del cumplimiento total de la pena y sin que esté inserto en un régimen de progresividad. En efecto, por el artículo 5° de la ley n° 8.072/90, fue introducido el artículo 83 del Código Penal que acuerda a los condenados por delitos atroces, práctica de tortura o terrorismo, tráfico ilícito de estupefacientes, la posibilidad de alcanzar la libertad condicional, siempre y cuando no sean reincidentes en crímenes de tal naturaleza - inciso V. Pues bien, la ley en cuestión impide la evolución en el cumplimiento de la pena y prevé, en flagrante desequilibrio, un beneficio mayor, que es la libertad condicional. Obsta al pasaje de un régimen cerrado a uno semi-abierto, conminando al incurso en las sanciones legales a cumplir la pena en el mismo régimen. Sin embargo, le asiste el derecho de que se examine la posibilidad de retornar a la sociedad transcurrido el quantum superior a los dos tercios de la pena.

Conforme lo señala la mejor doctrina, la ley 8072/90 contiene preceptos que hacen presuponer que no hubo observancia de una política criminal coherente, sino que fue dictada sobre un clima de emoción, como si en el aumento de pena y en el rigor del régimen estuviesen los únicos medios de reducir el elevado índice de criminalidad. Por ella, los que encuadran en los tipos aludidos son merecedores de un tratamiento diferente de aquel dispuesto en el Código Penal y la ley de ejecución penal, poniendo a los sujetos no bajo las reglas de los ciudadanos en general sino ante un régimen especial,

aparejando la fulminación del régimen de progresión de la pena y vulnerando la garantía constitucional de la individualización.

Se dice que la pena se individualiza porque el Estado para lograrlo, está compelido, por normas imperativas, a observar las circunstancias judiciales, o sea, los hechos objetivos y subjetivos que se verificaban a la época del proceso penal condenatorio. Ello no en relación al delito considerado abstractamente, o sea desde el tipo definido por la ley, sino por fuerza de las circunstancias existentes al momento en que se comete. De ahí que el artículo 59 del Código Penal establece que el juez, atendiendo a la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social, la personalidad del agente, los motivos, las circunstancias y consecuencias del delito, así como al comportamiento de la víctima, establecerá, conforme resulte necesario y suficiente para el reproche y prevención del delito, no sólo las penas aplicables de entre las conminadas (inciso I), sino también el quantum (inciso II), el régimen inicial de cumplimiento de la pena privativa de libertad - y, por tanto, provisorio, ya que es susceptible de modificación ya sea para adoptar -si correspondiere - un régimen más riguroso (inciso III) - o la substitución de la pena privativa de la libertad, por otra especie de pena.

Sostener que el régimen de progresión en el cumplimiento de la pena no se encuentra comprendido totalmente dentro de la individualización preconizada y garantizada constitucionalmente es olvidar el instituto, relegando a un plano secundario la justificación socialmente aceptable que recomendó el legislador de 1984. Es cerrar los ojos al precepto que considera las condiciones personales del propio reo, dentro de las cuales adquieren relieve el grado de culpabilidad, los antecedentes, la conducta social, la personalidad, en definitiva, los propios factores subjetivos que desencadenaron la práctica delictiva. [...] En este sentido es la mejor doctrina - Alberto

Silva Franco: Vale resaltar que el legislador constitucional, al establecer, en el inc. XLIII, del art. 5° de la Constitución Federal, las restricciones, de carácter penal y procesal penal, a los delitos allí mencionados, les acordó un tratamiento rigurosamente uniforme, equiparándolos en su donosidad social. La propia Ley 8.072/90, incluso al establecer la restricción a nivel de ejecución penal, no prevista en el texto constitucional, tuvo la preocupación de no crear distinciones entre las hipótesis constitucionalmente igualadas. Ahora, sin embargo, hay una separación bien nítida. Por un lado, los crímenes atroces, el terrorismo y el tráfico ilícito de estupefacientes no autorizan el sistema progresivo de ejecución de la pena; por el otro, el delito de tortura prevé el referido régimen de prisión.

Ese cambio de perspectiva es mucho más profundo de lo que puede parecer a primera vista, en la medida en que se torna, a los efectos de buscar la uniformidad de tratamiento establecida en la Constitución Federal, punto de referencia para la ampliación de la regla contenida en la ley n° 9.455/97. El ordenamiento penal constituye un sistema racional de normas y, como tal, no soporta contradicciones internas. No hay razón lógica que justifique la aplicación del sistema progresivo a los condenados por tortura y que, al mismo tiempo, se niegue igual sistema a los condenados por crímenes atroces. Ni desde el punto de vista del principio de *lesividad*, ni desde el ángulo político-criminal, es posible considerar a la tortura un hecho delictivo menos grave que los delitos atroces o el tráfico ilícito de estupefacientes.

La extensión de la regla del § 7°, del art. 1° de la Ley 9.455/97, para todos los delitos referidos en la Ley 8.072/90, iguala hipótesis fácticas que están constitucionalmente equiparadas y restablece, en su integridad, la racionalidad y la sistematización del ordenamiento penal.

Además de eso, representa una toma de posición del legislador ordinario en fina sintonía con el texto constitucional (Revista Brasileira de Ciências Crimináis n° 19, página 69). Por lo tanto, forzoso es concluir en que por la ley n° 9.455/97 se derogó la ley n° 8.072/90, quedando superado de esta manera la visión del cumplimiento integral de la pena en régimen cerrado. Concedo el recurso y por tanto declaro que a esta altura, considerado el marco normativo a la luz de la Carta de la República, no tiene más vigor el precepto de la Ley n° 8.072/90, del cumplimiento integral de la pena en régimen cerrado.

La progresión de régimen tiene, así, una estrecha relación con el principio constitucional de la individualización de la pena previsto en el art.5º, XLVI, 1ª parte, de la CF: “Los condenados serán clasificados, según sus antecedentes y personalidad, para orientar la individualización de la ejecución penal.” Individualizar la pena, por tanto, consiste en proporcionar a cada uno de los presos las oportunidades y los elementos necesarios para su efectiva reinserción social.

3.1.2. La humanización de la pena en el contexto liberal-social

“Se produce una coexistencia de la prevención general, que entiende la pena como una amenaza racional que busca incidir en los comportamientos de los potenciales delincuentes, con la búsqueda de la resocialización de aquel sobre cuyo comportamiento la amenaza no surtió efecto.”

Ignacio Berdugo Gómez De La Torre,
in Viejo y Nuevo Derecho Penal. Ob. cit., pág. 98

La observancia de la humanización de la pena, conforme las líneas trazadas en el fallo del STF de Brasil al hacer restricciones constitucionales al § 1º del artículo 2º de la ley nº 8.072/90 (Ley de crímenes horrendos) – es característica básica del Derecho penal liberal y tiene sus raíces en la Ilustración. El nuevo derecho penal está situado, para BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE,⁶⁴² en el marco de soberanía nacional, legalidad, igualdad formal y desigualdad material y división de poderes, pilares jurídicos que estructuran el Estado liberal de Derecho. No es otra la razón por la cual ese autor salmantino afirma que uno de los rasgos básicos del Derecho penal liberal consiste en la humanización de las penas. Es que ya no tenía sentido un Derecho penal que tomaba como punto de partida el pacto social y el hombre y sus derechos, y que todavía tenía que convivir con las penas crueles y desmesuradas que caracterizaban al Antiguo régimen. Observa, entonces el penalista BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE que

“Sobre este punto de partida con carácter general, los Códigos liberales abordan una humanización del contenido de la respuesta penal, que se refleja en la limitación de la pena capital, en la supresión del tormento, en la erradicación de las penas corporales y, en sentido opuesto, en una potenciación de la pena de

⁶⁴² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho penal hoy*. Madrid, Iustel, 2012, pág. 47-49.

prisión que desde entonces pasa a ser la pena reina en las legislaciones penales.”⁶⁴³

En ese sentido, BECCARIA, que ha impulsado ese nuevo paradigma en el ámbito penal, decía que “para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos, contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes”.⁶⁴⁴

Pero la pena de privación de libertad trajo con su institución, desde el inicio, un problema que habría de persistir hasta el día de hoy: la problemática de la estancia en prisiones sobre pobladas, insalubres y antihigiénicas, allá de malos tratos y hasta torturas, como suele ocurrir en América Latina y, en especial, en muchas cárceles de Brasil.

Además de ello, el Derecho penal liberal también padecía de las mismas insuficiencias del Estado liberal clásico, sobre todo en la cuestión subrayada en la primera parte de este trabajo relacionada con el hecho de que la igualdad ante la ley es meramente formal. No obstante, la falta de interés sobre el contenido de la pena de prisión lleva a un aumento extraordinario de las tasas de reincidencia. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ve dos razones para ello: la construcción teórica de los fines de la pena está centrada en la retribución, “con lo que mira al pasado”, o en la prevención general, “con lo que

⁶⁴³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ob. cit., pág. 47.

⁶⁴⁴ BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Madrid, Alianza Editorial, 7ª reimpresión, 2011, pág. 123, capítulo 47.

busca el efecto sobre los ciudadanos que no han delinquido, pero no sobre los que ya lo han hecho”. La ausencia de un trabajo de resocialización que pueda llevar a los presos los derechos sociales que los demás ciudadanos disfrutaban en el medio libre, incluso las inadecuadas condiciones de detención, son las causas de las altas tasas de reincidencia que en el Brasil de hoy roza los 75%.

No obstante, en el desarrollo histórico del Derecho penal del Estado liberal, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE va a encontrar “una constante” que se hace presente hasta nuestros días: “entender el Derecho penal también como las garantías que el ciudadano que delinque tiene frente al Estado, lo que es plenamente coherente con concebir los Derechos del Hombre como derechos frente al Estado”.⁶⁴⁵ El autor añade, además, que los modelos “liberal” y “social” de Estado presentan rasgos que “generan dos modelos distintos de estudio y propuestas de Derecho penal”. En ese sentido, el Estado social, que se considera como una evolución del Estado liberal de Derecho, y que, por tanto, sigue tomando como punto de partida al hombre y a sus derechos “va a exigir al Estado una participación activa en la economía y en la vida social”.⁶⁴⁶ Esa ideología social-liberal va a influir, como consecuencia, en el ámbito de la ejecución penal lo que ha llevado a este autor a afirmar que “la realidad penal no acaba en las leyes y en su aplicación por los tribunales”, ya que “existe una realidad,

⁶⁴⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ob. cit., pág. 48

⁶⁴⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ob. cit., pág.54.

vinculada a las tasas de reincidencia, que no puede ser ignorada por un Estado al que se le va a exigir que adopte políticas activas que supongan una intervención encaminada a hacer disminuir estas cifras”.⁶⁴⁷ Así, la reflexión sobre la finalidad de la pena y el estudio de las causas del delito es entendido como preponderante en el campo del positivismo criminológico pues éste representa “un intento de superar el Estado liberal no intervencionista” o sea, la lucha contra el delito no se restringe a mera aplicación del Derecho penal, sino que “deben realizarse políticas activas sobre las causas sociales del delito, los sustitutivos penales”.⁶⁴⁸ Por ese camino y con el auge del Estado del bienestar surge con fuerza la idea de la resocialización.

Ahora bien. En ese contexto, MONTAÑEZ-RUIZ⁶⁴⁹, de la Universidad del Rosario, Bogotá, hace la siguiente pregunta: ¿cuál es la función que le asigna la jurisprudencia colombiana a la política criminal en un estado social de derecho? Para a continuación decir que “un análisis jurisprudencial se puede deducir que prioritariamente en Colombia se acoge, por lo menos teóricamente, un modelo de derecho penal mínimo.” Tratase, según su opinión, de una paradoja en la realidad

⁶⁴⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ob. cit., pág. 55. En Brasil las tasas de reincidencia rozan los 75% mientras que en Maranhão las acciones de resocialización las redujeron para entre un 15% y un 20%.

⁶⁴⁸ En ese punto, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE cita a los precursores del positivismo criminológico en España, a ejemplo de JIMÉNEZ DE ASÚA y DORADO MONTERO, pero también la obra *Sociología criminal*, de FERRI. Conf. ob. cit., pág. 58-59.

⁶⁴⁹ MONTAÑEZ-RUIZ, Julio-César, in *El debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínimo*. Bogotá, ene. /jun. 2010, Rev. Estud. Socio-Juríd. v.12 n.1.

colombiana, “que ha criminalizado tan diversos comportamientos, lo que se refleja en los numerosos artículos de la parte especial del Código Penal vigente.”

En ese sentido, MONTAÑEZ-RUIZ afirma que en la Sentencia C-746/98, la Corte Constitucional hizo una reconstrucción de sentencias hito para los efectos de la política criminal. En diversos fallos al respecto, se parte del reconocimiento de que “las medidas punitivas de que se ha servido la anterior política criminal, no han servido a los propósitos deseados.”

La Corte Constitucional en Sentencia C-746/98 dijo al respecto:

Esta Corporación, (...) ha considerado que compete al legislador, conforme a la cláusula general de competencia, trazar la política criminal del Estado y determinar cuáles conductas constituyen delitos y cuáles contravenciones. Sobre el particular expresó la Corte en la sentencia C-198/97, lo siguiente: *"Cabe anotar que la selección de los bienes jurídicos merecedores de protección, el señalamiento de las conductas capaces de afectarlos, la distinción entre delitos y contravenciones, así como las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos obedecen a la política criminal del Estado en cuya concepción y diseño se reconoce al legislador, en lo no regulado directamente por el Constituyente, un margen de acción que se inscribe dentro de la llamada libertad de configuración"*. Sin embargo, esta facultad no es absoluta, porque al momento de concretarse el tipo penal, es decir, al describir la conducta objetiva punible, mediante la selección de aquellos comportamientos, que

destruyan, afectan o ponen en peligro bienes jurídicos esenciales para la vida en comunidad el legislador debe tener en cuenta los fines, valores, principios y derechos contenidos en la Constitución. De conformidad con lo anterior, el criterio de esta Corporación ha sido: *"aunque la política criminal no puede ser objeto de un juicio de inconstitucionalidad, (...) por tratarse de una función que el Legislador ejerce discrecionalmente, las normas que la concretan deben respetar los cánones constitucionales, especialmente aquellos que plasman derechos y garantías fundamentales"*. 2.4. Según las ideas expuestas por la Corte en la sentencia C-394 de 1996, en la libertad de configuración de los delitos y contravenciones el legislador se encuentra sometido a los principios de objetividad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad, de modo que si bien goza de cierta autonomía para tipificar los unos y las otras, no puede extremar los elementos propios de las conductas que comportan contravención hasta el punto de darles un tratamiento igual o más severo que a los delitos. (...) La función asignada al legislador (...) es una labor en la cual intervienen las diferentes consideraciones socio-económicas y de carácter técnico jurídico, que determinan la política criminal. Sin embargo, la necesidad de la pena y el contenido de la misma, sólo se justifican en función del daño social causado y con arreglo al principio de proporcionalidad. 2.6. En el país se han ensayado diversas formas de hacer política criminal, como respuesta al problema de la criminalidad; unas veces se ha recurrido a amplificar los comportamientos considerados como hechos punibles, o a aumentar las penas. Sin embargo, las distintas medidas adoptadas no han producido los resultados esperados, su eficiencia en muchos casos ha sido mínima; ello ha determinado que se haya pensado en la adopción de políticas alternativas, de despenalización, tales como la descriminalización, la desjudicialización, (...).

Para MONTAÑEZ-RUIZ, en el entendimiento de la Corte Constitucional hay una relación entre política criminal, bienes jurídicos y la determinación de las conductas que pueden llegar a afectarlos. En esa perspectiva, hay, en consecuencia, “una relación necesaria entre los mandatos constitucionales en sentido amplio y la determinación de los bienes jurídicos.” Sobre esta libertad de configuración el autor colombiano afirma que “cabe acotar que no debe entenderse como omnimoda, sino que es una libertad reglada, o cuando menos delimitada, por los mandatos constitucionales.”

En Colombia, conforme el análisis presentado, la Jurisprudencia de los altos tribunales se ha enfocado hacia una intervención punitiva mínima, reconociendo que su expansión se podría traducir en un derecho penal de contenido netamente simbólico. Pero MONTAÑEZ-RUIZ observa que en la práctica ocurre la expansión del derecho penal en su país, inicialmente volcado hacia la criminalidad de clase alta y que se ha expandido en todos los campos pues se ha buscado obtener una solución de problemáticas sociales estructurales en la intervención punitiva. Se trata, así, de suplir la falta de verdaderas políticas sociales con una marcada intervención punitiva. En otras palabras, la omisión de políticas educativas está siendo suplida con políticas penales punitivistas.⁶⁵⁰

⁶⁵⁰ MONTAÑEZ-RUIZ, Julio-César, *in El debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínimo*. Bogotá, ene. /jun. 2010, Rev. Estud. Socio-Juríd. v.12 n.1.

Como consecuencia de la expansión del derecho penal hacia a una manifiesta intervención punitiva,⁶⁵¹ vamos a encontrar en el interior de las cárceles un reflejo directo de esa política con más presos y detenidos superpoblando las celdas, bajo índice de cumplimiento de las normas internacionales de tratamiento mínimo a los presos y, como corolario, ausencia de los derechos sociales más elementales, como asistencia jurídica, atención básica de salud y ofrecimiento de clases en educación. La humanización de la pena en un contexto liberal-social, así entendido, pasa necesariamente por el aseguramiento de las garantías constitucionales – en ellas incluidos los derechos sociales – que el ciudadano que delinque tiene frente al Estado.

⁶⁵¹ “El profesor MUÑOZ CONDE, en España, se ha aunado a la posición crítica de HASSEMER respecto a la expansión del derecho penal, toda vez que considera que el recurso a éste resulta altamente problemático, pues sus efectos son netamente simbólicos, así: “Con esta “huida al Derecho penal” se priva a la pena de toda fuerza de convicción, de esa función motivadora, que en última instancia debe afectar al ciudadano en particular. Precisamente es esta “huida al Derecho penal” una de las causas de la crisis del Derecho penal y de su ciencia.” MÜSIG comenta que es a partir de los rumbos que está siguiendo la actual política criminal que resulta deseable retornar a una de corte liberal, a saber: un esfuerzo para no ceder a los coyunturales vientos del espíritu de los tiempos, que se ha vuelto maleable para una política criminal con efectos meramente simbólicos” - *apud* MONTÁÑEZ-RUIZ, Julio-César, *in ob. cit.*

3.1.2.1. Los objetivos de la pena

“Quanto tudo é crime, nada é crime. Já o velho Montesquieu dizia que as leis desnecessárias enfraquecem as leis necessárias. Beccaria dizia algo semelhante: criar mais tipos penais não significa evitá-los, mas criar novos crimes.”

Paulo Queiroz⁶⁵²,

Respecto a los objetivos de la pena, hay muchas teorías que intentan hallar una explicación. Los fines que se atribuyen a la medida penal varían según sean los conceptos vigentes en cada fase de la cultura y las exigencias de la conciencia jurídica y común.

Para algunos, el objetivo de la pena es castigar al delincuente como retribución por el mal realizado. Para otros, es la segregación o eliminación como defensa social. No falta quien observa que para que la intimidación sea satisfactoria con relación a los demás, tiene que ser efectiva con relación a quienes han transgredido la ley penal. Otros apuntan como finalidad la recuperación del criminal mediante su educación. La amenaza penal no serviría para nada si no se convirtiera en una realidad para el transgresor.

Por otro lado, se sabe que las prisiones, desde su origen a finales del siglo XVIII, han sufrido críticas muy severas respecto a su modo de organización y funcionalidad.

⁶⁵² PAULO QUEIROZ es autor del libro *Curso de Direito Penal*. São Paulo, Editora Jus Podivm, 2013, 9ª edición. In www.pauloqueiroz.net/entrevista-concedida-pelo-autor

FOUCAULT ⁶⁵³ explica que los métodos de castigo centrados en el sufrimiento del cuerpo empezaron a modificarse gradualmente como resultado del proceso de humanización de las penas iniciado con la reforma del Derecho penal a principios del siglo XIX, lo que insta una nueva moral del acto de castigar y prevé otra política del poder punitivo. Para los reformadores del Derecho el castigo ya no debe ir dirigido al cuerpo sino al espíritu del condenado. Así, la pena de privación de libertad aplicada a los sujetos que infringieron la ley ya no pretende causar solamente el sufrimiento del cuerpo sino también el del alma del penado. Según BECCARIA, ⁶⁵⁴ ese castigo debe ser un medio poderoso y sensible de frenar a los infractores, de mantenerlos lejos de la sociedad y aplicarles los castigos establecidos por el Estado. Desde esa perspectiva, la prisión se convierte en una solución para proteger a la sociedad de los individuos indeseables con el fin de regenerarlos y devolverlos a la convivencia social.⁶⁵⁵

Visto así, desde el siglo XIX hasta nuestros días, las prisiones, como centros que buscan resocializar al infractor, continúan recibiendo críticas porque las condiciones necesarias para que se cumpla ese fin todavía dependen de muchos factores, entre ellos los recursos financieros y la propia

⁶⁵³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis, Ed. Vozes, 1987.

⁶⁵⁴ BECCARIA, Cesare. *Ob. cit.*, pág. 32

⁶⁵⁵ Ese es un error que todavía perdura y que ya hemos comentado más arriba: el Estado no puede pretender regenerar a nadie, pero puede y debe crear un ambiente propicio para el desarrollo social y moral del condenado.

cultura carcelaria que influye en el concepto de finalidad de la pena de privación de libertad.

Conviene aquí recordar las enseñanzas de ADA PELLEGRINI GRINOVER ⁶⁵⁶ : “El estado de derecho debe combatir el delito siguiendo reglas morales escrupulosas, a riesgo de equipararse a los delincuentes y de perder toda autoridad y credibilidad”.

Actualmente, a despecho de las diversas teorías ya formuladas sobre la pena, podemos afirmar que ésta tiene una triple finalidad: (1) finalidad preventiva de forma general; (2) finalidad preventiva de forma especial; (3) y finalidad de readaptación social. Es preventiva de modo general en la medida en que pretende evitar la práctica de crímenes intimidando a todos mediante la aplicación de la pena (es el castigo seguro como medio de alejarse del crimen); es preventiva de modo especial en la medida en que aparta de la sociedad y de la convivencia social al elemento que delinquiró, evitando que reincida cometiendo nuevos delitos; por último, queda la finalidad de readaptación social del individuo preparándolo para que regrese a la convivencia social por medio de la asistencia educativa y profesional, formando personas útiles y productivas para la sociedad. ⁶⁵⁷

⁶⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha*. São Paulo, 1985, Editora Max Limonad, Série Estudos Jurídicos, nº2, pág.1, *apud* RAILDA SARAIVA, *in A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992, pág. 68.

⁶⁵⁷ El Derecho Penal de una manera general y en España, de modo especial, ha optado por el sistema dualista o de la doble vía: la lucha contra el delito se llevará a cabo mediante la pena (proporcionada a la gravedad de hecho típicamente antijurídico y

Debido a estos conceptos la pena dejó de considerarse una forma de que el delincuente pague por el crimen que ha cometido, eliminando, de esa forma, el carácter retributivo del castigo. Pero con la ejecución penal que tenemos (en Brasil, con la endémica superpoblación en las cárceles), que impone a los condenados condiciones infrahumanas, la práctica se enfrenta a la teoría y la pena acaba por adquirir un carácter retributivo.

Dicho eso en términos generales, vimos que la crisis de la pena de muerte durante los siglos XVIII y XIX dio lugar a una nueva modalidad de sanción penal: la pena privativa de libertad, una gran invención que demostró ser un medio eficaz de control social. Hoy se habla de fracaso y de la crisis de la pena de prisión, por hechos obvios, lo que obliga al legislador a buscar nuevos rumbos. Para BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE los autores del Proyecto Alternativo alemán, entre ellos KLUG, son quienes mejor expresan las nuevas tesis para justificar la pena al decir de ésta que es “una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres”.⁶⁵⁸ Por su parte, LÓPEZ-REY entiende que “en la mayoría de los casos la prisión no sirve a propósito ninguno más allá de mantener a las personas detenidas y, como tal,

culpablemente cometido, y con las finalidades de prevención general y especial) y las medidas de seguridad (ajustadas a la peligrosidad criminal del sujeto, que ha cometido un hecho previsto en la Ley como delito, y con la finalidad exclusiva de prevención especial).

⁶⁵⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *in Nuevo y Viejo Derecho Penal*, ob. cit., pág. 97.

aumenta el crimen, constituyéndose en una de las más obvias formas de injusticia criminal.”⁶⁵⁹

Tenemos, así, de manera constante y tensa, una confrontación entre las exigencias sociales de castigo y control de la criminalidad mediante más prisiones y más cárceles y, por otro lado, la búsqueda del medio más adecuado y eficaz para que se cumpla la pena en beneficio de la propia sociedad. Para esta corriente, la pena de prisión se limitaría a la conducta delictiva con un elevado grado criminal. En la posición doctrinal de RAILDA SARAIVA⁶⁶⁰ se puede notar que la insatisfacción con el actual modelo es manifiesta:

“Hay mucho que cambiar con el fin de obtener un mejor desempeño de la justicia penal, índices más elevados de defensa de la sociedad⁶⁶¹ y una contención eficaz de la delincuencia y de la violencia. Sin embargo, debemos preservar las garantías que aseguran la legitimidad del procedimiento, la imparcialidad del juez y la justicia en las decisiones.”

En el ámbito del sistema de prisiones brasileño, la resocialización de presos ha sido históricamente debatida en torno a las condiciones para concretizarlas, así como sobre las

⁶⁵⁹ LÓPEZ-REY, Manuel. *Crime. Um estudo analítico*. Rio de Janeiro, Editora Artenova, 1973, traducción de Regina Brandão, pág. 283

⁶⁶⁰ RAILDA SARAIVA, *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992, pág. 69

⁶⁶¹ Esa posición va en contra al nuevo y viejo pensamiento de importantes criminalistas, como MANUEL LÓPEZ-REY y LUIGI FERRAJOLI, para quién “la idea de la defensa social, afirmaba hace un siglo FRANCESCO CARRARA, tiene como resultado inevitable el terrorismo penal.” – FERRAJOLI, ob. cit., pág.196.

contradicciones que implica el desarrollo de prácticas pedagógicas en un ambiente en el que predomina el castigo y la intimidación. Cuando se aborda como objetivo de la pena privativa de libertad la reclusión y la recuperación de los presos, es indispensable intentar comprender esos términos correlativos; para eso se acude al diccionario de sociología⁶⁶² que define la palabra resocialización como el “proceso por el cual el individuo vuelve a interiorizar las normas y valores que había perdido o deseado”.

Devolver al preso a la convivencia social, proporcionándole las condiciones para una reinserción social armónica, implica en última instancia la resocialización, de quien, habiendo cumplido la pena privativa de libertad en la cárcel, ha recibido del Estado (o debería haber recibido) oportunidades de aprendizaje para vivir en sociedad respetando las normas vigentes. Significa, por lo tanto, creer que en cualquier circunstancia de su vida la educación es posible para el hombre que se concibe incompleto, como aclara PAULO FREIRE:⁶⁶³

“La educación es una respuesta de la finitud de la infinitud. La educación es posible para el hombre, porque éste es incompleto y se sabe incompleto. Esto lo lleva a su perfección. La educación, por lo tanto, implica una búsqueda realizada por un sujeto que es el hombre. El

⁶⁶² PASSINE, Clóvis. *Pequeno dicionário de sociologia*. Campinas, SP, Autores Associados, 2009.

⁶⁶³ FREIRE, Paulo. *Educação e Mudança*. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 2007, págs. 27-28.

hombre debe ser sujeto de su propia educación. No puede ser el objeto de ella. Por eso, nadie educa a nadie.”

Las instituciones penales deben considerar, así, que la acción educativa es articuladora entre el hombre, sujeto de su propio aprendizaje y el medio social pues hombres y mujeres se constituyen, a lo largo de su existencia, en relación con otros y con su realidad. Pero no se puede olvidar de la advertencia y de la siempre actual lección del profesor LÓPEZ-REY para quién

“el propósito del sistema penal no es la venganza, la defensa social o la rehabilitación, pero sí la justicia social. Esta es muy poco mencionada por la criminología contemporánea, aún muy interesada en la prevención y en la rehabilitación, que solo pueden ser conseguidas de un modo muy limitado, en cuanto la sociedad estuviera organizada como está.”⁶⁶⁴

3.1.2.2. *El garantismo penal en FERRAJOLI*

“El sentido de la frase de BRECHT – habrá un juez en Berlín – es que debe haber también un juez capaz de absolver o condenar contra la voluntad de todos cuando falten o existan las pruebas de la culpabilidad.”

Luigi Ferrajoli,

in Democracia y garantismo. Madrid, Editorial Trotta, 2008, pág. 198

⁶⁶⁴ LÓPEZ-REY, Manuel. *Crime. Um estudo analítico.* Rio de Janeiro, Editora Artenova, 1973, traducción de Regina Brandão, pág. 282.

FERRAJOLI ve el garantismo como sinónimo de “Estado constitucional de derecho” por entender que él recoge el paradigma clásico del Estado liberal, ampliándole en dos direcciones:

“de un lado, a todos los poderes, no sólo al judicial sino también al legislativo y al ejecutivo, y no sólo a los poderes públicos sino también a los privados; de otro lado, a todos los derechos, no sólo a los de libertad sino también a los sociales, con el consiguiente surgimiento de obligaciones, además de prohibiciones, para la esfera pública”.

Su tesis, que es sobre todo una doctrina filosófico-política de justificación del derecho penal y, en ese paso, también una teoría jurídico-normativa de las garantías penales y procesales – es por el propio FERRAJOLI explicitada como siendo

“una filosofía utilitarista sobre los fines y los fundamentos del derecho penal y, al mismo tiempo, una teoría del derecho penal mínimo – una y otra sobre el deber ser del derecho penal – que en gran parte reproduce los principios de justicia y garantía incorporados en los ordenamientos evolucionados.”

En verdad, es un modelo de derecho dirigido a la garantía de los derechos consagrados en las constituciones⁶⁶⁵ y que FERRAJOLI justifica como siendo una ampliación del significado de “garantías” justamente en el ámbito del derecho

⁶⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid, Editorial Trota, 2008, pág. 198-199.

penal. Al surgir en la cultura italiana de izquierda en la segunda mitad de los años setenta, el garantismo aparece asociado a la tradición clásica del pensamiento penal liberal. Es típico, pues, de la ilustración jurídica, de la tutela del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personales frente al poder punitivo.⁶⁶⁶ Es entendido también como la “minimización” del poder punitivo mediante el sometimiento a las normas constitucionales del poder penal legislativo. En ese sentido, “garantismo” y “derecho penal mínimo” son términos sinónimos que expresan un modelo teórico y normativo de derecho penal que intenta minimizar la violencia de la intervención punitiva. De un lado, la reducción al máximo lo que el poder legislativo puede castigar y, de otro, la reducción al máximo de las márgenes de arbitrio del poder judicial. Las garantías, así entendidas, justifican el derecho penal y legitiman la jurisdicción.⁶⁶⁷

El derecho penal mínimo tiene, pues, como fines, un doble objetivo, cual sea, la prevención y minimización de los delitos y la minimización de las penas a la vez de las reacciones informales frente a los delitos. Esa teoría de FERRAJOLI se contrapone a las tradicionales doctrinas retribucionistas y utilitaristas y adopta como justificación del derecho penal no la defensa social genéricamente considerada, sino la “defensa del más débil”, o sea, aquello que “en el momento del delito es la parte ofendida; en el momento del proceso es el imputado; y en

⁶⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pág. 61-62.

⁶⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pág. 193.

el de la ejecución penal es el reo”.⁶⁶⁸ El derecho, bajo esa teoría, tiene que mostrar “efectiva capacidad para minimizar no solo la violencia de los delitos sino también la de las penas.” Para FERRAJOLI las doctrinas existentes, a pesar de la justificación que ofrecen, no consiguen la prevención de hecho, de los delitos, ni la educación de los reos. Al contrario, producen su deseducación por la expiación de la pena.

Pero, al hablar del fundamento democrático de la legitimación del poder punitivo, FERRAJOLI afirma que si el significado de “democracia” equivaliese a “voluntad de la mayoría”, quedaría excluida toda posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del derecho penal. Para él, “un derecho penal democrático en tal sentido se orientaría inevitablemente hacia formas de derecho penal máximo, o sea, máximamente represivo, carente de límites y de garantías”. Concluye, entonces, diciendo que la legitimación del poder judicial nos es “democrática” si la entendemos solamente como voluntad de la mayoría y que el propio NORBERTO BOBBIO había afirmado que “la batalla por el garantismo siempre ha sido una batalla de la minoría.”⁶⁶⁹

“No se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable”

Luigi Ferrajoli, ob. cit., pág.198.

⁶⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pág. 194.

⁶⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., pág. 194.

Caminando un poco más allá en su doctrina, FERRAJOLI acrecienta que hay un sentido complementario a la “democracia política” que permite entender los límites del derecho penal y de la pena. Se trata de la “democracia constitucional” o “de derecho” – la cual hace referencia no a la mayoría, sino “a qué” es lo que “no puede decidir ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad”. Es el ámbito de lo “no decidible lo que nos es lícito decidir”, situación que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría.⁶⁷⁰ Generalmente se habla de la igualdad de los ciudadanos y de la garantía de sus derechos fundamentales.⁶⁷¹ El carácter democrático de las garantías reside, así, no en la mayoría del modelo de democracia política, sino en sus propios fundamentos, en la tutela de todos. Las garantías, incorporadas en las constituciones, son como fuentes de legitimación jurídica y política de las concretas decisiones penales. En ese punto, FERRAJOLI se vale del pensamiento de RONALD DWORKIN para decir que precisamente porque los derechos fundamentales y sus

⁶⁷⁰ En Brasil, por ejemplo, se suele decir, en relación a la Constitución, lo que no puede reformar y que se llaman “cláusulas pétreas”. La materia está regulada en el art.60 § 4º de la CF e incluye: I – La forma federativa de Estado; II – El voto directo, secreto, universal y periódico; III – La separación de Poderes; IV – Los derechos y garantías fundamentales. En la doctrina estadounidense hay el equivalente parcial en las “entrenchment clauses”.

⁶⁷¹ Para FERRAJOLI, se está hablando de la vida y de la libertad personal que no pueden ser sacrificadas a ninguna voluntad de la mayoría, ni interés general, ni bien común o público. Son ellos los derechos de todos que por su universalismo se constituyen en los derechos fundamentales – Conf. ob. cit., pág. 198.

garantías son “derechos y garantías frente a la mayoría”, también el poder judicial a quien se encomienda su tutela debe ser un poder virtualmente “frente a la mayoría”.

Respecto a la justificación del derecho penal exigido por el modelo de “derecho penal mínimo”, FERRAJOLI añade que se impone hoy una doble estrategia reformadora: de un lado, una drástica despenalización de los delitos, con la consecuente supresión de las penas; y por otro lado, una drástica desprisionalización con “la limitación de la cárcel solamente para las ofensas más graves e intolerables contra los derechos fundamentales.”

3.1.2.3. *Idea y concepto de resocialización en HASSEMER* ⁶⁷²

Como consecuencia de la prevención especial, prevista en la Ley de Ejecución Penal de Alemania (§ 2, proposición 1), el preso debe volverse capaz de en un futuro, con responsabilidad social, de llevar una vida sin cometer delitos. HASSEMER⁶⁷³ explica entonces que en una etapa posterior a la deliberación de la Ley, ha sido añadida a la primera proposición la de número 2, que dice: “la ejecución de la pena privativa de libertad sirve también para la protección de la sociedad ante otros delitos”. O sea, la superación del individuo y la seguridad de los demás en relación al transgresor, es importante para una sociedad que vive con miedo a la criminalidad. Así, los fines de la resocialización ponen de acuerdo a una amplia

⁶⁷² “La escuela de Frankfurt, en cabeza de HASSEMER, defensor del Estado liberal, que ha propiciado las críticas más agudas a la corriente modernizadora en Alemania, considera ineludibles los principios propios del estado de Derecho, que se ven conculcados tanto por la excesiva intervención punitiva, como por el adelantamiento en las barreras de punición para la protección de bienes jurídicos diversos a los propios del modelo de bienes nucleares de una sociedad liberal. Consecuentes con lo anteriormente expuesto, los defensores de las tesis de la escuela de Frankfurt se remontan al modelo contractualista propio de la Ilustración, haciendo expresa alusión a sus conquistas liberales que indefectiblemente se traducen en planteamientos personalistas del bien jurídico. Pero advierten que una consecuencia de la modernización del derecho penal sería ineluctablemente la perversión del concepto de bien jurídico, que va a cambiar su primigenia función para actualmente dirigir rumbos que no le corresponden” – Conf. HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *op cit.*, pp. 33 y ss.; y HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 13, *apud* MONTAÑEZ-RUIZ, Julio-César, *in El debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínimo*. Bogotá, ene. /jun. 2010, Rev. Estud. Socio-Juríd. v.12 n.1.- www.scielo.unal.edu.co.

⁶⁷³ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2005, pág. 373-374, traducción de Pablo Rodrigo Alflen da Silva del título original *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990.

mayoría. “Una sociedad orientada *output*⁶⁷⁴ y que observa las consecuencias, lo más razonable que puede hacer es dar auxilio para una re-integración en la comunidad jurídica y en sus normas”. En obtener esos fines u objetivos, afirma HASSEMER, pueden coincidir idealmente los críticos del Derecho Penal tanto de pensamiento jurídico conservador como progresista, pues

“el éxito de la resocialización es la mejor seguridad para la sociedad delante del antiguo delincuente; a través de una ejecución penal resocializadora intensa, en los costes y en el aspecto personal, la sociedad pagaría una parte de culpa que tiene cargada consigo misma por la socialización defectuosa de estos individuos.”

Los fines de la resocialización son entendidos así profundamente cimentados una vez que su establecimiento se da, necesariamente, con la existencia de una ejecución de pena privativa de libertad. Diferente, para HASSEMER, es la pena de muerte y las penas corporales pues el fin penal es únicamente retributivo. Pero “los demás presos están ahí, su tiempo está disponible y aquellos que los mantienen presos precisan comenzar a hacer algo racional con y durante ese tiempo.” La Ley de Ejecución Penal en Alemania contiene una gran cantidad de disposiciones que comprometen la ejecución penal para el fin de resocializar al delincuente. Todo cambia en el campo de la ejecución penal – los métodos de tratamiento, las

⁶⁷⁴ Para la producción y para el rendimiento del trabajo.

estructuras arquitectónicas, los aparatos electrónicos de vigilancia, la posición jurídica de los presos – pero no hay ninguna alternativa, afirma HASSEMER, para la idea de mejoramiento. Es que la pena privativa de libertad – aduce – exige, por lo menos, una teoría sobre el sentido con que será rellenado sustancialmente el tiempo libre de los presos. Los problemas empiezan con el hecho de que no se ha llegado a un acuerdo sobre el contenido del fin de la “socialización” o “resocialización” ni tampoco sobre la posibilidad de valorar el éxito de la resocialización.⁶⁷⁵ En relación a las cifras de reincidencia, HASSEMER no le da plena credibilidad por entender que sus indicaciones se basan en la “criminalidad manifiesta, investigada y condenada” y no sobre la “cifra negra de la criminalidad real” en torno a la cual solo es posible hacer suposiciones. El hecho de que la idea de resocialización no puede presentar resultados susceptibles de comprobación – añade el constitucionalista alemán – es un problema muy grande pues en una cultura jurídica orientada para la eficiencia e producción, un instituto que describe justamente los efectos empíricos comprobables en su bandera se queda en apuros si no puede imponer de modo perfectamente metódico esos efectos. Sin la base empírica segura – afirma – agravase también la polémica en torno a la idea de tratamiento. La crítica al Derecho Penal empieza justamente en relación al

⁶⁷⁵ HASSEMER indica que otras referencias sobre la investigación empírica de los efectos de la ejecución de resocialización y una discusión de sus resultados se puede encontrar en NEUMANN/SCHROTH, *Kriminalität*, p. 22-33, y en EISENBERG, *Kriminologie*, § 42, II-V (p. 366-383); una crítica perfilada en P.-A. ALBRECHT, *Prävention*.

pensamiento de la resocialización y conduce a ataques severos que no son debidamente contestados. Los partidarios de un Derecho Penal resocializador se colocan en segundo plano ya que no defienden de manera adecuada los efectos saludables de la pena privativa de libertad y llaman mucho más la atención hacia el hecho de que la idea de resocialización está sujeta a límites o que puede y debe ser desarrollada hasta que se torne menos un encargo y más un auxilio real a los presos. Para los que se ponen de acuerdo con el hecho de que es preciso procurar alternativas a las penas privativas de libertad, algunas razones con ese objetivo son apuntadas por WASSEMER: las penas privativas de libertad estigmatizan y deshabitúan; mantienen a los presos aislados no solo en un espacio sino también socialmente; la educación en la cárcel expresa una paradoja de las modernas teorías de la pena pues no es posible educar para la libertad por medio de la privación de la libertad; el preso es privado ampliamente de sus contactos íntimos y sociales; así olvida las técnicas sociales de convivencia y de aprobación; al término del tiempo de la pena él regresa deshabitado y estigmatizado a un mundo que, fuera de los muros de la prisión, se desarrolló de acuerdo con sus propias leyes.⁶⁷⁶ Así, para WASSEMER, una defensa de la idea de resocialización solamente se produce en un segundo plano, “siempre en vinculación con los argumentos críticos contra la idea y la práctica de la prevención individual.” Al analizar la

⁶⁷⁶ WASSEMER, ob.cit., pág. 378.

prevención especial positiva, eso es, la resocialización del delincuente como fin de la pena de prisión, y al establecer críticas al concepto de “resocialización”, HASSEMER añade que esas diversas formas de ver las cosas es aún más evidente en una sociedad pluralista y democrática, pues la tarea democrática consiste precisamente en conseguir un sistema de convivencia en el que se dé una cierta identidad entre los que crean las normas y sus destinatarios. Así, para HASSEMER,⁶⁷⁷

“La resocialización perfecta o ideal, entendida no sólo como abstención de cometer delitos en el futuro, sino como asunción de las normas fundamentales que regulan la convivencia, sólo es posible cuando el individuo a resocializar y el encargado de resocializarlo tienen o aceptan el mismo fundamento moral que la norma social de referencia. Una resocialización sin esa coincidencia básica es puro sometimiento, dominio de unos sobre otros, y una grave lesión de la autonomía individual.”

HASSEMER, como miembro de la Escuela de Frankfurt, postula el utópico regreso al Derecho Penal liberal con sus principios político-criminales de garantía, tanto sustantivos como procesales, además de una reducción al “Derecho Penal nuclear”⁶⁷⁸ en contrapunto a la expansión contenida en la corriente de los que pregonan la “modernización del Derecho

⁶⁷⁷ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 171-177

⁶⁷⁸ Ese núcleo del Derecho Penal protegería los bienes predominantemente personales, como la vida, salud, honor, integridad sexual, libertad y patrimoniales – JULIO LASCANO, Carlos, ob. cit., pág. 165.

penal”.⁶⁷⁹ Pero, ¿qué sucedería en relación con las infracciones contra los nuevos bienes jurídicos como los referidos al orden económico? El penalista alemán entiende que podrían ser reguladas a través de lo que él llama un “Derecho de intervención”, situado “a mitad de camino entre el Derecho Penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho Penal”.⁶⁸⁰

Pero en la medida en que se aparta de la sociedad y de la convivencia social al sujeto que delinquiró, evitando que reincida cometiendo nuevos delitos, tornase subyacente a ese objetivo de la pena la finalidad de readaptación social del individuo, conforme ya se ha expuesto previamente. Si en el marco del Estado liberal, como preconiza HASSEMER, el Derecho Penal debe circunscribirse a un núcleo duro, más particularmente en el ámbito de la ejecución de la pena, cuando “algo racional debe ser realizado con y durante ese tiempo”, lo más razonable que puede hacer “es dar auxilio para una re-integración en la comunidad jurídica y en sus normas.” Ahora bien. Ese auxilio de que nos habla HASSEMER significa, en realidad, llevar derechos sociales básicos a las cárceles, por lo que, también en el contorno de la ejecución penal, es posible

⁶⁷⁹ Para JULIO LASCANO “los partidarios de esta corriente de pensamiento propician la ampliación de las facultades de investigación de la policía, la abreviación de los procesos penales, la anticipación de la punibilidad o la agravación de las escalas penales.” – *in* “La insostenible “modernización del derecho penal” basada en la “tolerancia cero” desde la perspectiva de los países emergentes”, en *Pensamiento Penal del Sur*, Buenos Aires, 2004, pág. 164 - www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf

⁶⁸⁰ JULIO LASCANO, Carlos, ob. cit., pág. 165.

realizar la síntesis liberal-social. Es decir, la resocialización es imprescindible incluso bajo la teoría del “Derecho Penal mínimo”, con la despenalización carcelaria y la descriminalización o, como quiere WASSEMER, con la institucionalización de su “Derecho de intervención”. En este trabajo también demostraremos, posteriormente, de forma empírica, como la inversión presupuestaria en resocialización en las prisiones del Estado de Maranhão, por un periodo de dos años, fue capaz de obtener resultados significativos tanto con el objetivo de mejora del delincuente como en beneficio del sistema penitenciario de una manera general.

3.1.2.4. Medidas cautelares en sustitución de la prisión preventiva

“La justicia en mi país es igual a las serpientes. Sólo muerden a los que están descalzos”.

Oscar Romero,

Arzobispo de Honduras, San Salvador, asesinado en 24 de marzo de 1980, víctima de la represión política.

Uno de los problemas más prominentes en las cárceles de Brasil y en especial en el Estado de Maranhão, tiene que ver con la cuestión de la prisión preventiva o provisional, eso es, del encierro cautelar, al que están sometidos casi al 50% de los presos. Son, en verdad, encierros de contención prolongados o

indefinidos. En el entendimiento de RAÚL ZAFFARONI,⁶⁸¹ que analiza el sistema penal cautelar en América Latina, “estas racionalizaciones en realidad no son procesales sino penales, porque es imposible ignorar doctrinariamente que regulan todo un sistema penal oficial.” Y mostrando toda su indignación con el elevado número de detenidos provisorios en Americana Latina de una manera general, acrecienta: “no es paralelo ni subterráneo, sino que el sistema penal oficial se escinde en dos segmentos: uno cautelar o precondenatorio y otro definitivo o de condenación.” De hecho, no se puede desconocer el carácter punitivo del sistema penal cautelar y su inevitable lesión al principio de inocencia, lo que debería llevar a una política criminal que promoviese un radical reduccionismo en el instituto. El derecho penal autoritario le reconoce naturaleza penal y procura su ampliación – afirma ZAFFARONI – “o bien, sin reconocerle ese carácter niega toda vigencia al principio de inocencia, en tanto que la doctrina liberal le niega carácter penal, con el objeto de reducir su ámbito, sin advertir que al mismo tiempo lo está legitimando y sin redundar en resultados prácticos reductores”. Es preciso, así, asumir con sinceridad el reconocimiento de su naturaleza punitiva y su consiguiente ilegitimidad, “por mucho que parezca lejana la posibilidad de un proceso penal sin encierro preventivo.”⁶⁸²

⁶⁸¹ RAÚL ZAFFARONI, Eugenio. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid, Editora, Dykinson, 2006, pág.108.

⁶⁸² RAÚL ZAFFARONI, Eugenio. Ob. cit., pág. 111-112, también refiriéndose a FERRAJOLI, Luigi, *in Derecho y razón*.

En Brasil, la Ley 12.403 de mayo de 2011 pretendiendo evitar el encierro preventivo posibilitó a los jueces otras medidas cautelares al adoptar la fórmula: “adecuación *versus* necesidad”, en la sección del Título IX, “De la prisión, de las medidas cautelares y de la libertad provisional” en los siguientes términos:

Art. 282. Las medidas cautelares previstas en este Título tendrán que aplicarse observando:

I – La necesidad de que se aplique la ley penal, para la investigación o la instrucción criminal y, en los casos previstos de manera expresa, para evitar la práctica de infracciones penales;

II – Adecuación de la medida a la gravedad del crimen, circunstancias del hecho y condiciones personales del acusado (...) *omissis*

§ 6º Se determinará la prisión preventiva cuando no sea posible sustituirla por otra medida cautelar (art. 319).

En el Capítulo V, Art. 319, que se refiere a “otras medidas cautelares”, fueron establecidas las nuevas modalidades de medidas cautelares en sustitución a esa medida cautelar más gravosa que es la prisión preventiva en Brasil:

Art. 319. Algunas medidas cautelares de la prisión:

I – comparecer en juicio periódicamente, según plazo y condiciones que establezca el juez, para informar y justificar actividades;

II – prohibición de acceder o frecuentar ciertos lugares cuando, por circunstancias relacionadas con el hecho, deba el acusado permanecer alejado de esos lugares a fin de evitar el riesgo de nuevas infracciones;

III – prohibición de mantener contacto con ciertas personas cuando, por circunstancias relacionadas con el hecho, el acusado tenga que mantenerse alejado de ellas;

IV – prohibición de ausentarse de la comarca cuando la permanencia sea conveniente o necesaria para la investigación o instrucción;

V – arresto domiciliario durante el periodo nocturno y en días de descanso cuando el investigado o acusado tenga residencia y trabajo fijos;

VI – Suspensión del ejercicio de las funciones públicas o de actividades de carácter económico o financiero cuando exista un recelo justificado de que pueda usarse en la práctica de infracciones penales;

VII – internamiento temporal del acusado en los casos de crímenes cometidos con violencia o amenaza grave, cuando los peritos determinen que debe ser imputable o semiimputable (art. 26 del Código Penal) y exista riesgo de reiteración;

VIII – fianza, en los casos que lo admitan, para asegurar la comparecencia a los actos del proceso, evitar la obstrucción de su decurso o en caso de resistencia injustificada a la orden judicial;

IX – monitorización electrónica.

§ 1º (Revocado).

§ 2º (Revocado).

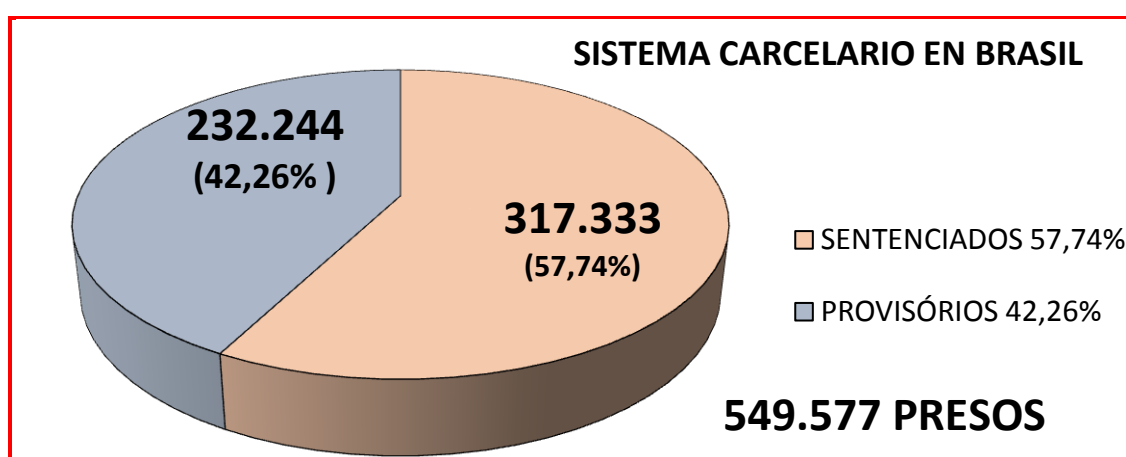
§ 3º (Revocado).

§ 4º Se aplicará la fianza conforme a las disposiciones del Capítulo VI de este título, pudiendo ser acumulativa con otras medidas cautelares.

Ahora bien. Este dispositivo de la Ley 12.403/11, que fue promulgado con el objetivo de acompañar la nueva tendencia del derecho penal y, primordialmente, vaciar las prisiones, al adoptar otras medidas restrictivas de derechos para los casos de prisión preventiva, siguió la misma política penal del art.44 de la Parte General del Código Penal⁶⁸³ en la aplicación de la

⁶⁸³ El art.44 de la Parte General del Código Penal establece: "Las penas restrictivas de derecho son autónomas y sustituyen las privativas de libertad cuando: I – aplicada pena privativa de libertad inferior a un año o si el crimen fuera culposo; II – el reo no fuera

pena cuando la condena fuera inferior a un año o si el crimen fuera culposo. Sin embargo, debemos señalar que esta buena medida legislativa aún está siendo muy poco aplicada por los jueces, lo que hace que en Brasil el porcentual de presos preventivos se mantenga aún muy alto: un 42% en general , en cuanto que en el Estado de Maranhão ese porcentual es aún más elevado: un 52%. Pero en el futuro, creemos que esas medidas serán también aplicadas de forma más alargada en los fallos definitivos, en sustitución, en su mayoría, a la “prisión-pena”, como ejemplo de lo que ya ocurre, aunque de manera limitada, en los casos previstos por el art.44 del Código Penal.⁶⁸⁴



Cuadro 2 ⁶⁸⁵

reincidente; III – la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social y la personalidad del condenado, bien como los motivos y las circunstancias indicaren que esa sustitución sea suficiente.” En el párrafo único se ha regulado el uso de las penas restrictivas de derecho en cuanto a los crímenes culposos.

⁶⁸⁴ Sobre la detención preventiva en España y sus previsiones constitucionales y legales, véase QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Constitución e sistema penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 245-260.

⁶⁸⁵ Datos actualizados hasta Jun/2012 por el DEPEN - Departamento Penitenciario Nacional. El elevado número de presos provisionales – en Brasil uno 42% – denota el mal funcionamiento de la Justicia.

Hay que suplantar, todavía, la idea asentada en la percepción popular y en algunos sectores forenses de que sin la aplicación de la pena de prisión lo que existe es la impunidad. La privación de libertad no es la pena por antonomasia, pero tan sólo una forma de pena. En verdad nadie se queda impune cuando existe un proceso y, además, una sentencia, de condena o no, y si hay condena que lo sea adecuadamente proporcionada, de prisión o restrictiva de derechos.

Los principios recogidos en los textos normativos o en los documentos expositivos indican ser la pena, por su naturaleza, retributiva del hecho y punitiva del autor. ARMIDA MIOTTO⁶⁸⁶ ve en la pena también una función y finalidad éticas más allá de una función y finalidad utilitarias. La “función ética” consiste en la recuperación del condenado en el sentido de persuadirle a no tornar a delinquir. La “finalidad ética” se fundamenta en “hacer justicia”. La conciencia ética-jurídica exige que aquel que no cumplió el deber-ser, transgrediendo la norma penal y lesionando ciertos bienes jurídicos del otro o de la colectividad, sufra por ello mediante una punición proporcional a la transgresión cometida, de acuerdo a la gravedad, circunstancias y consecuencias. En cuanto a las “funciones utilitarias” residen estas en la “intimidación” y en la “defensa social”. Para aquellos a quien la motivación ética no es suficiente para impedir la comisión de una transgresión penal,

⁶⁸⁶ BERGAMINI MIOTTO, Armida. *A violência nas prisões*. Universidade Federal de Goiania, 1992, pág. 106

la amenaza legal de aplicar una pena ha de constituir una alerta, un contra-estímulo, de tal manera que produzca intimidación suficiente para que no vuelvan a delinquir. La pena estará así funcionando como defensa social, tanto por la intimidación cuanto por la retirada del ambiente social de aquellos delincuentes que son peligrosos, privándolos de su libertad. Es en la certeza de la impunidad donde muchos crímenes son ejecutados. A su vez, las “finalidades utilitarias” tienen por objetivo la “prevención general” y la “prevención particular”. La prevención general resulta de la intimidación ejercida por la pena sobre todas las personas indistintamente. La prevención particular situase en el ámbito de la prevención de la reincidencia que sería conseguida por la recuperación del condenado. Aunque sin base científica, se llegó a afirmar que hay tres categorías de ciudadanos, en proporciones distintas: los que, en minoría, tienen una cierta inclinación para el crimen y lo cometen cualquiera que sea la pena; los que no delinquen por temor a la pena; y aquellos que jamás serían capaces de delinquir cualquiera que sea la pena.

3.1.3. La arquitectura carcelaria en Brasil

INVICTUS

Más allá de la noche que me cubre
negra como el abismo insondable,
doy gracias a los dioses que pudieran existir
por mi alma invicta.
En las azarosas garras de las circunstancias
nunca me he lamentado ni he pestañado.
Sometido a los golpes del destino
mi cabeza está ensangrentada, pero erguida.
Más allá de este lugar de cólera y lágrimas
donde yace el Horror de la Sombra,
la amenaza de los años
me encuentra, y me encontrará, sin miedo.
No importa cuán estrecho sea el portal,
cuán cargada de castigos la sentencia,
soy el amo de mi destino:
soy el capitán de mi alma.

William Ernest Henley.⁶⁸⁷

En el sistema federal brasileño hay dos órganos que constituyen la estructura básica del Ministerio de Justicia, y se encargan de establecer las normas *infra legis* y del control de las acciones penitenciarias: el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria – CNPCP y el Departamento Penitenciario Federal –DEPEN, creados al amparo del Decreto n° 76.387 de 2 de octubre de 1975.

Así, el federalismo brasileño le niega a los estados miembros toda posibilidad de innovación en lo que concierne al

⁶⁸⁷ WILLIAM ERNEST HENLEY ha pasado a la historia de la literatura inglesa como poeta, y esencialmente por ser el autor de un poema incluido en el que fue su último libro, *In Hospital*, publicado en el mismo año de su muerte, ocurrida cerca de Londres en 1903. El poema se titula *Invictus* (escrito en el año 1875), y es el poema que NELSON MANDELA se recitaba a sí mismo cuando llegaban los momentos peores a lo largo de su terrible cautiverio en prisiones sudafricanas por su lucha contra el racismo y el *apartheid*.

aspecto legislativo, judicial y administrativo del sistema penitenciario, excepto dentro del marco claramente establecido por la Ley de Ejecución Penal, por el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria – CNPCP, y por el Departamento Penitenciario Nacional – DEPEN, por más que sean evidentes las diferencias y necesidades de cada estado de la federación brasileña en materia penal.

Una de las competencias del Consejo Nacional es tomar decisiones sobre la arquitectura de las prisiones. ARMIDA MIOTTO explica la idea de las primeras prisiones: “al condenado se le cosificaba, y la pena consistía en imponerle un castigo que sería mejor cuanto más lo destruyera para que, mediante la destrucción física y psíquica, ya no fuera capaz de delinquir”. Después, el delito pasó a ser considerado como “una expresión de la patología, de las anomalías de la personalidad del delincuente”. La pena no iba más allá de ser un simple tratamiento médico (o terapia) y, a continuación, por influencia de las posturas sociológicas, pasó a ser también un tratamiento educativo o reeducativo. Ya se empezaba a hablar de humanizar la pena, pero existía una imagen estereotipada de los delincuentes, como si fueran parte de un grupo o una clase particular, al margen no de la comunidad ni de la sociedad sino, como dice ARMIDA MIOTTO, al margen de la humanidad misma. La ciencia penitenciaria surge en esa época. La política penitenciaria de entonces se cifraba en ver al

condenado como un “individuo sujeto pasivo de tratamiento”. La arquitectura carcelaria en Brasil reflejó también ese período.

De la época actual es el Derecho penitenciario y la nueva política penitenciaria se cifra ahora en ver al condenado como “una persona, sujeto con derechos, deberes y responsabilidades”. El Derecho penitenciario dejó también su impronta en la arquitectura carcelaria.

A la luz de lo dicho, la Resolución n° 3, de 23 de septiembre de 2005, del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria – CNCPC, establece las directrices básicas para la construcción, ampliación y reforma de las instituciones penales. Como vamos a ver, la tónica ahora es la diversificación arquitectónica de las prisiones. En el anexo III de dicha Resolución, el Consejo conceptualiza y clasifica los centros penitenciarios como “todos aquellos que sean usados por la Justicia con el fin de alojar a personas presas, sea temporalmente o condenadas, e incluso a aquellas que estén sometidas a alguna medida de seguridad”.

Las prisiones se han clasificado conforme a su destino y finalidad respecto al cumplimiento de la pena. Así, nos encontramos la siguiente clasificación: (1) Cárceles Públicas – centros carcelarios destinados a albergar personas presas con carácter temporal, siempre de máxima seguridad; (2) Penitenciarías – centros penales destinados a albergar personas presas condenadas a una pena privativa de libertad en régimen cerrado; (2.a.) Penitenciarías de seguridad máxima

especial: centros penales destinados a albergar personas presas con una condena de régimen cerrado, dotados exclusivamente de celdas individuales; (2.b.) Penitenciarías de seguridad media o máxima: centros penitenciarios destinados a albergar personas presas con una condena de régimen cerrado, dotados de celdas individuales y colectivas; (3) Colonias agrícolas, industriales o similares – centros penales destinados a albergar personas presas que cumplen pena en régimen semiabierto; (4) Casas de albergue – centros penitenciarios destinados a albergar a personas presas que cumplen pena privativa de libertad en régimen abierto o pena de limitación de fines de semana; (5) Centros de observación criminológica – centros penitenciarios de régimen cerrado y de seguridad máxima donde se realizan los exámenes generales y criminológicos cuyos resultados se enviarán a las Comisiones Técnicas de Clasificación, las cuales indicarán el tipo de centro o el tratamiento apropiado para cada persona presa; (6) Hospitales de custodia y tratamiento psiquiátrico – centros penitenciarios destinados a albergar personas sometidas a alguna medida de seguridad.

3.2. Los números del encarcelamiento en Brasil

“En cuanto a la teoría de que el crimen puede ser reducido o extirpado por las mejoras de las condiciones materiales, la experiencia muestra que, si bien el progreso reduce algunas formas de crimen, también crea otras, muchas veces más graves que las que existían anteriormente.”

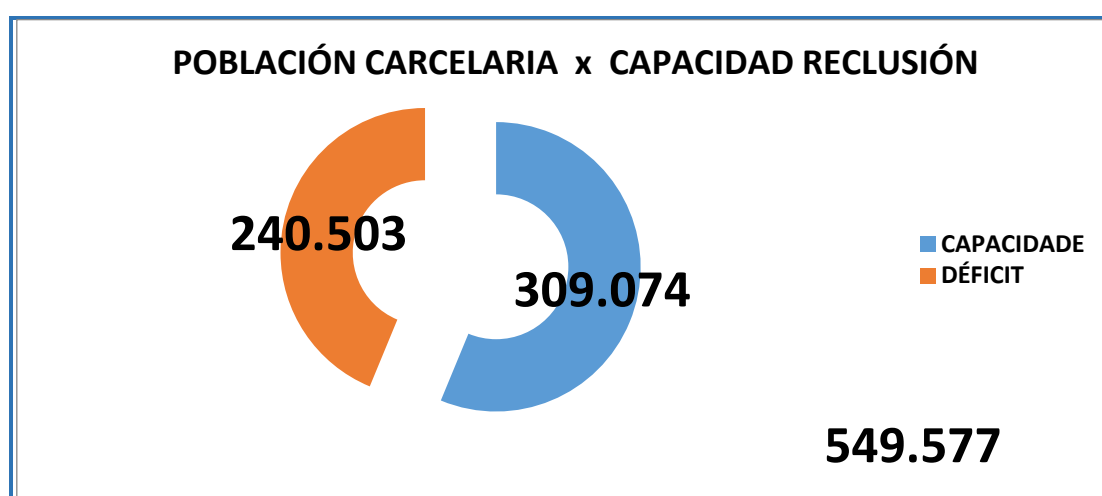
Manuel López-Rey, in *Crime, um estudo analítico*.⁶⁸⁸

Hay 309.074 plazas para 549.577 reclusos en Brasil, lo que genera un déficit de 240.503 plazas. Teniendo en cuenta los últimos diez años (2000-2010) la diferencia entre reclusos y plazas se mantiene: tenemos unos 65% más de reclusos que de plazas. En Delegaciones de Policía hay 60 mil reclusos. Para subsanar hoy día ese déficit global tendrían que existir 400 prisiones con una capacidad de 500 personas en cada una de ellas. Estos datos ya denotan la situación de superpoblación vivida en las cárceles de Brasil: en media un 40% por unidad. Pero hay celdas con capacidad para 8 internos que están hasta con 25 personas.

En ese panorama no ha sido posible conseguir la individualización de la pena, como tampoco se ha podido lograr en la mayoría de esos centros penitenciarios la separación entre los presos temporales y los condenados. Es lo que sucede también en el Estado del Maranhão. Otro problema

⁶⁸⁸ LÓPEZ-REY, Manuel, pág. 1. Rio de Janeiro, Editora Artenova, 1973, traducción de Regina Brandão del título original *Crime an analytical appraisal*, 1970.

grave afecta a la capacidad del poder judicial para procesar, juzgar y analizar las peticiones de beneficios pleiteados por abogados durante la ejecución de la pena, junto al juicio de la “Vara de Ejecución Penal”, en plazos aceptables, siendo este asunto uno de los principales problemas que indignan últimamente a los custodiados y a los movimientos sociales vinculados al sistema carcelario.



Cuadro 3 ⁶⁸⁹

La Comisión Parlamentaria de Información instalada por la Cámara de los Diputados de Brasil, con el objetivo de averiguar la situación carcelaria en el país, en el año 2009, obtuvo de muchos especialistas relatos del escenario penitenciario, entre ellos el de PEDRO DE JESUS JULIOTTI⁶⁹⁰

⁶⁸⁹ Datos actualizados hasta Jun/2012 por el DEPEN - Departamento Penitenciario Nacional.

⁶⁹⁰ JULIOTTI, Pedro de Jesus. *Lei de Execução Penal Anotada*. São Paulo, Editora Verbatim, 2001, pág. 315

que así describió el drama vivido por los encarcelados, situación que aún perdura hasta hoy en la mayoría de las cárceles:

“Gran parte de la población carcelaria está confinada en prisiones de todos tipos donde delincuentes de alta peligrosidad conviven en celdas superpobladas con criminales ocasionales, de escasa o ninguna peligrosidad, y otros sometidos a prisión preventiva en el aguardo de un juzgado, para quién es un mito, en el caso, la presunción de inocencia. En estos ambientes de estufa, la ociosidad es la regla; la intimidad, inevitable y profunda. El deterioro del carácter, resultante de la influencia corruptora de la subcultura criminal, el hábito de la ociosidad, la alienación mental, la pérdida paulatina de la aptitud para el trabajo, el peligro para la salud son consecuencias de ese tipo de confinamiento promiscuo, ya definido en otras ocasiones como ‘semilleros de reincidencias’ ante sus efectos criminógenos”.

No es, así, del todo desproporcionada la afirmación del Ministro de Justicia de Brasil, José Eduardo Cardoso⁶⁹¹, a quién compite el *múnus* público para enfrentar ese cuadro dantesco, que prefería la muerte antes que pasar un día en las cárceles de Brasil.

⁶⁹¹ Afirmación hecha en reunión con empresarios de São Paulo, en el día 13 de noviembre de 2012 y que luego ha ganado una gran repercusión en los medios de comunicación.



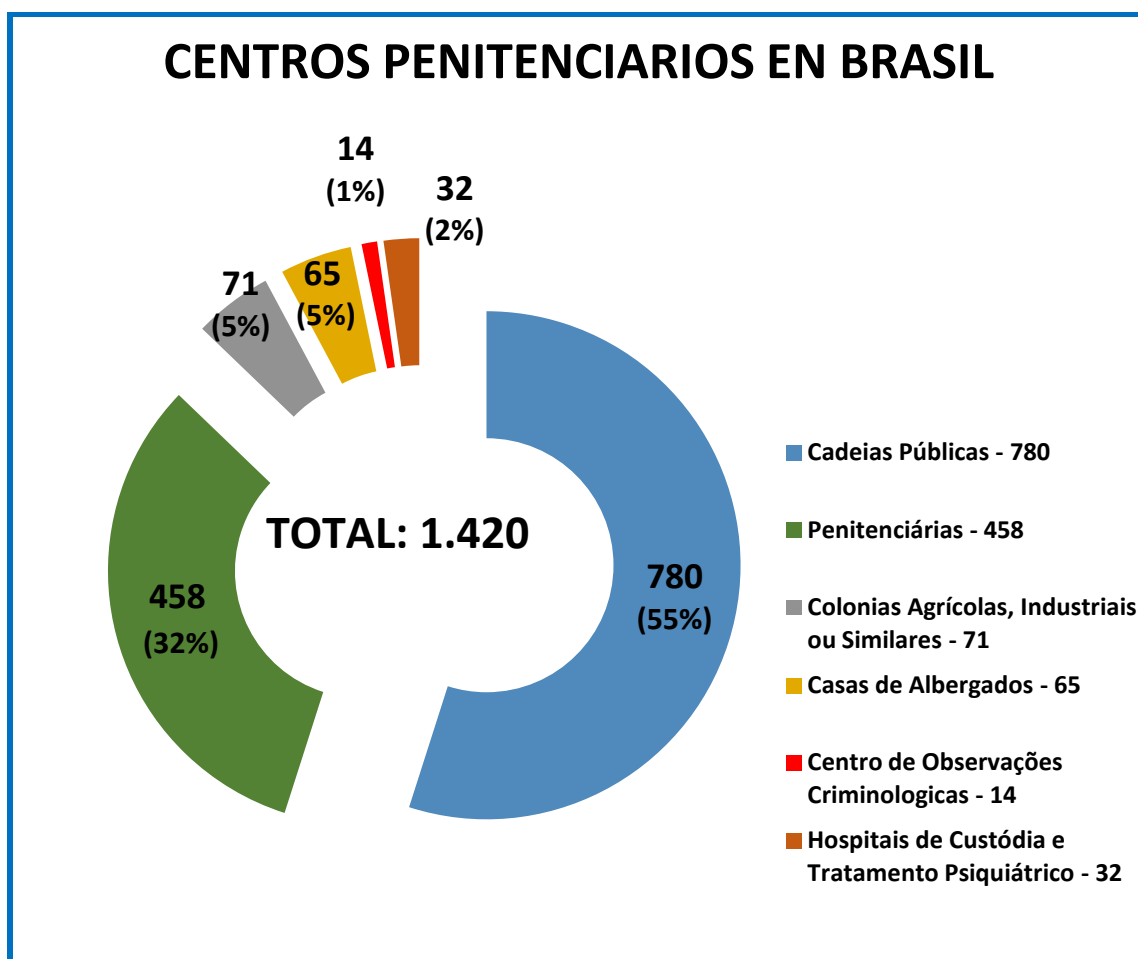
Referencia: ⁶⁹²

Ya hemos visto que hay un desacuerdo en relación al cuantitativo de centros penales existentes y los necesarios, hoy en vuelta de unos 400. Pero esta es la clasificación de los centros de acuerdo con el régimen penitenciario, sea cerrado, semi-abierto, abierto – entre condenados y provisionales. El desfase existente hace que cerca de 60 mil presos en Brasil – entre condenados y provisionales – se queden en la comisaría de policía mientras aguardan una plaza dentro del sistema penitenciario.

Esa situación de superpoblación es un reflejo directo, entre otros, de que Brasil ha alcanzado un índice de medio millón de reclusos y es el 4º país en el listado de encarcelamiento mundial, detrás de Estados Unidos, China y Rusia – sin que se hayan dispuesto, por falta de voluntad

⁶⁹² Cartón del cartonista SAMUCA para el DP Net. www.humorpolitico.com.br/.../sistema-carcerario

política, las construcciones adecuadas para ese *boom* de encarcelamientos.



Cuadro 4 ⁶⁹³

En efecto, el número de reclusos temporales aumentó un 1.253% entre 1991 y 2010, y el de reclusos permanentes se incrementó un 278% en el mismo periodo. Es decir, los reclusos temporales aumentaron 13,5 veces frente a los presos

⁶⁹³ Datos actualizados hasta Jun/2012 por el DEPEN - Departamento Penitenciario Nacional.

permanentes que aumentaron casi 4 veces. (Este hecho denota la lentitud del Poder Judicial). En cuanto al crecimiento porcentual de la población reclusa mundial, Brasil ocupa el primer puesto (450%), seguido de los Estados Unidos (77%), China (31%) y Rusia (17%).

La población reclusa nacional aumentó un 26,7% en ese periodo. Tenemos, por lo tanto, una tasa de 288,14 presos/100.000 habitantes, mientras que en EUA tienen una tasa de 753 presos/100.000 habitantes, Rusia 577/100.000. Brasil está en el puesto 47° de esa tasa. Prácticamente la mitad de esa población carcelaria tiene hasta 29 años de edad. 82.864 están presos por hurtos o robos sin uso de armas. El crimen que más encarcela es el tráfico de drogas: 119.538 presos hasta finales de 2011. En ese sentido puede verse el cuadro adjunto:⁶⁹⁴

Tabla 4: Población Carcelaria Mundial

CRECIMIENTO PORCENTUAL		ÍNDICE DE ENCARCELAMIENTO	
1º. Brasil	450%	1º. Estados Unidos	2.293.157
2º. Estados Unidos	77%	2º. China	1.570.000
3º. China	31%	3º. Rusia	890.000
4º. Rusia	17%	4º. Brasil	549.577

52% de la población carcelaria mundial.

Presos/100.000 habitantes: 1º. Estados Unidos (con 753); 2º. Rusia (con 577); 47º. Brasil (con 288,14).

⁶⁹⁴ Datos del Ministerio de la Justicia, en levantamiento encerrado en julio 2012.

En términos de crecimiento porcentual y de índice de encarcelamiento, estos países tienen más de la mitad de la población carcelaria mundial. Cuando se habla de la tasa de presos por 100 mil habitantes, el Brasil aparece en la cuadragésima séptima posición. En la observación de LÓPEZ-REY, “los países desarrollados son más vulnerables de que los que están en proceso de desarrollo, en lo que se dice respecto al crimen.” Y apunta, en su estudio, uno de los motivos para ello:

“Cuanto más grande es el desarrollo, tanto mayores son las esperanzas de la colectividad y del individuo, surgiendo entonces la frustración, el conflicto y la protesta social. Algunos países desarrollados, como los EUA, no han podido resolver el crimen como un problema social.”⁶⁹⁵

Pero, como de una manera general todos los países se están desarrollando, tornase urgente implementar una política nacional que esté coordinada con una política criminal y cuáles son los elementos a ser considerados en ese planeamiento.

Así, como consecuencia de una política de encarcelamiento más rígida para intentar controlar las elevadas tasas de criminalidad, la población reclusa masculina en Brasil aumentó un 106% entre 2000 y 2010, mientras que la población reclusa femenina aumentó un 261% en el mismo

⁶⁹⁵ LÓPEZ-REY, Manuel. *Crime. Um estudo analítico*. Rio de Janeiro, Editora Artenova, 1973, traducción de Regina Brandão del título original *Crime an analytical appraisal*, pág. 2-3.

periodo. Mientras que la población reclusa masculina se ha duplicado en la última década, la femenina se ha triplicado. Hay 36.573 mujeres reclusas, un 7,4% del total. Es el llamado fenómeno de la droga:

Tabla 5: El Impacto de la droga en el encarcelamiento femenino

Población femenina:	261% en 10 años
<hr/>	
34.058 mujeres presas – 6,61% del total	
<hr/>	
Población masculina:	106% en 10 años

Fuente: DEPEN/MJ – 12/11

Este es un fenómeno actual. Ha duplicado en 10 años la tasa de mujeres presas en relación a los hombres. Esto se atribuye a los mecanismos del tráfico de drogas: de cada cuatro presidiarios en Brasil uno está detenido por tráfico de drogas. El índice registrado en diciembre de 2012 es el mayor desde el año de 2005 cuando solamente uno de cada diez presos había sido detenido por traficar con drogas. Ese cálculo, basado en datos estadísticos del DEPEN, incluye los presos condenados y sin juzgamiento. Conforme los datos del DEPEN, mientras la población carcelaria ha aumentado 1,7 veces (de 294 mil para 514 mil) entre los años 2005 y 2011, la cantidad de presos por tráfico ha crecido casi cuatro veces: de 32 mil para 119.538 mil. Como resultado de ese fenómeno, por primera vez el porcentual de presos por tráfico de drogas se aproxima al de

los presos por robo en el país. Para el presidente de la Academia Paulista de Derecho Criminal, ROMUALDO CALVO FILHO, ese aumento ha ocurrido porque ellos ganan más dinero traficando con drogas que robando. “Prender por tráfico es una tendencia internacional. Los países siguen la línea de los EUA y terminan prendiendo más de lo necesario. En Brasil, eso ha influido en el surgimiento de facciones criminales dentro de las cárceles.”⁶⁹⁶

Un dato que llama la atención es que la mitad de las mujeres están presas o fueron detenidas por tráfico de drogas. La motivación, según la policía, es que ellas están siendo utilizadas por sus compañeros para transportar la droga y acaban siendo detenidas.

El estado brasileño prevé atender de varias formas a las personas privadas de libertad, en especial a las mujeres, ya que se ha observado que no hay muchas disposiciones acerca de las peculiaridades del trato a la mujer en el sistema penitenciario. Una de esas peculiaridades se refiere al trato que se da a las mujeres que dan a luz durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad. El artículo 83 de la Ley de Ejecución Penal - LEP, al mencionar las dependencias destinadas a la asistencia educativa, dice que éstas deben estar equipadas con la estructura de un nido, a fin de que las madres puedan amamantar a sus hijos. Así, la LEP reconoce ese derecho a las madres así como, según el artículo 89 de esa

⁶⁹⁶ Fuente: Folha de São Paulo, *in* www.vermelho.org.br/noticia.php

misma ley,⁶⁹⁷ se garantiza la guardería para niños entre los seis meses y siete años de edad, a fin de atender debidamente a los menores desamparados cuyos responsables estén cumpliendo pena. En lo que respecta al cumplimiento de las disposiciones legales del sistema penitenciario del Estado de Maranhão, la Unidad penitenciaria de Resocialización Femenina cuenta con espacios destinados a los niños – nido para los niños de hasta dos años — determinándose como límite los seis meses de edad para que los niños permanezcan con sus madres. Por lo tanto, se recoge que, una vez cumplido el tiempo de lactancia, el niño se entrega a familiares o a instituciones.⁶⁹⁸

Más de la mitad de los presos en Brasil se concentran en estos Estados. Son los estados con la población reclusa más alta pues tienen aproximadamente el 65% del total de reclusos: São Paulo (190.818); Minas Gerais (51.900); Paraná (35.480); Río de Janeiro (33.561) y Río Grande do Sul (30.068). El Estado de São Paulo detenta el 35% de toda la población reclusa brasileña, con 190.818 presos, el equivalente a 1/3 del

⁶⁹⁷ La redacción de ese artículo fue determinada por la Ley 11.942, de 28 de mayo de 2009.

⁶⁹⁸ El conjunto de normas especiales previstas en la Constitución y en la Ley de Ejecución Penal – LEP, dirigido exclusivamente a las mujeres presas se constituye, conf. JULIOTTI en una especie de "Estatuto de la Mujer Reclusa", *ex vi* de la Ley 7.210/84: (1) derecho a acompañamiento médico, especialmente en el pre-natal y en el pos-parto (art.14, § 3º); (2) derecho a formación profesional adecuado a su condición (art.19, parágrafo único); (3) ser recogida en establecimiento propio y adecuado a su condición personal (art.82, § 1º); (4) derecho de cuidar de los hijos, inclusive amamantarlos (art.83, § 2º) como mínimo hasta los seis meses y (5) los establecimientos deberán poseer, exclusivamente, agentes penitenciarios del sexo femenino (art.83, § 3º) – JULIOTTI, Pedro de Jesús, *in Lei de execução penal anotada*. São Paulo, Editora Verbatim, 2011, pág.151.

total. El Maranhão posee hoy cerca de 5,2 mil presos el equivalente a 1% de la población carcelaria nacional.

Tabla 6: Brasil: Estados con mayor índice de encarcelamiento

São Paulo	190.818
Minas Gerais	51.900
Paraná	35.480
Rio de Janeiro	33.561
Rio Grande do Sul	30.068
65% DEL TOTAL DE PRESOS EN BRASIL	

Maranhão: 5.263 presos

En relación a la pobreza y a la criminalidad, el desarrollo humano y el encarcelamiento, no se puede decir, hoy, que exista una clara correlación entre la tasa de presos/100.000 habitantes y el Índice de Desarrollo Humano – IDH, ya que, como se muestra a continuación:

(1) Hay estados con un alto IDH y una tasa alta de presos/100.000 habitantes (São Paulo-SP, Mato Grosso-MS, Distrito Federal-DF, Paraná-PR);

(2) Hay estados con un alto IDH y una tasa relativamente baja de presos/100.000 habitantes (Santa Catarina-SC, Rio de Janeiro-RJ, Goiás-GO);

(3) Hay estados con un bajo IDH y una tasa baja de presos/100.000 habitantes (Alagoas-AL, Maranhão-MA, Piauí-PI); y,

(4) Hay estados con un bajo IDH y una tasa alta de presos/100.000 habitantes (Acre-AC, Rondônia-RO, Roraima-RR).

Tabla 7: Índice de presos por Estado y su relación con el Índice de Desarrollo Humano (IDH).

Estados con alto IDH y alta tasa de presos/100 mil habitantes: São Paulo, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal, Paraná.
Estados con alto IDH y relativamente baja tasa de presos/100 mil habitantes: Santa Catarina, Rio de Janeiro, Goiás.
Estados con bajo IDH y baja tasa de presos/100 mil habitantes: Alagoas, Maranhão, Piauí.
Estados con bajo IDH y alta tasa de presos/100 mil habitantes: Acre, Rondônia, Roraima.

Este cuadro muestra que no hay una relación entre pobreza y criminalidad – aunque la desigualdad social (que puede ocurrir sin que exista necesariamente la pobreza) – sigue siendo un factor determinante en muchas formas de criminalidad.

Conviene destacar en ese panorama, que los tres estados con las tasas más bajas de presos/100.000 habitantes – (Alagoas-AL, Maranhão-MA y Piauí-PI), son también los estados con el IDH más bajo, respectivamente.

3.2.1. Evolución de la población carcelaria nacional y sus comparativos.

El número de personas presas en Brasil ha crecido 6% solamente en los primeros seis meses de 2012, intensificando una tendencia que ha hecho de Brasil uno de los tres países del mundo con mayor aumento de la población carcelaria en las últimas dos décadas.

Según los datos divulgados por el Ministerio de Justicia, el número total de presos en penitenciarias y comisarias brasileñas subió de 514.582 en diciembre de 2011 hasta 549.577 en julio de 2012. Una de las principales consecuencias de ese aumento es la superpoblación de las prisiones, ya que las nuevas plazas no son creadas a la misma velocidad que el aumento del número de presos. En julio, había un déficit de 250.504 plazas carcelarias en las prisiones del país, según los datos oficiales.

En 1992, el Brasil tenía un total de 114.377 presos, equivalente a 74 presos por 100 mil habitantes. En julio de 2012, esa proporción llegó a 288 presos por 100 mil habitantes. En ese período, hubo un aumento de 380,5% en el número total de presos y de 289,2% en proporción por 100 mil habitantes, mientras que la población total del país creció 28%. Según la evaluación que ha sido hecha a petición de la BBC Brasil por el experto ROY WAMSLEY, director del anuario

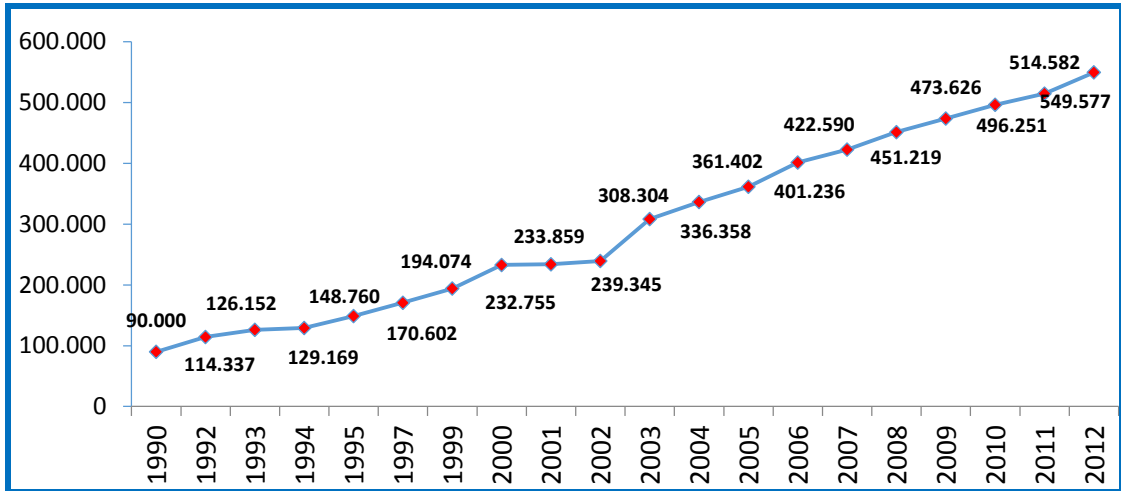
online World Prison Brief (WPB), en las últimas dos décadas el ritmo de crecimiento de la población carcelaria brasileña solo fue superado por Camboya, cuyo número de presos ha pasado de 1.981 en 1994 para 15.404 en 2011, (un aumento de 678% en 17 años). Es un nivel ligeramente inferior al de El Salvador (de 5.348 presos en 1992 para 25.949 en 2011), un aumento de 385% en 19 años.

Sumándose a los efectos del uso excesivo de la prisión preventiva o temporal y a la violencia en Brasil⁶⁹⁹ –, están los demorados procesos criminales, durante los cuales el acusado permanece encarcelado. El tiempo medio de los procesos penales parece variar significativamente de un Estado a otro Estado en Brasil. Aun sin números concretos sobre los plazos medios de duración de los procesos judiciales – el elevado número de presos sin condena (presos provisorios) en Brasil es una prueba de la morosidad de la Justicia. Las normas internacionales manifiestan su preferencia por la libertad bajo fianza, y las normas de derechos humanos específicamente prohíben la prisión sin condena por largos períodos de tiempo.

⁶⁹⁹ Conforme datos del Observatorio de Seguridad de la OEA, el Brasil es el país con el mayor índice de homicidios dolosos del continente, delante de Colombia, México y Estados Unidos. Otros datos, como el de Instituto Avante Brasil – IAB, dirigido por el jurista LUIZ FLAVIO GOMES, y con base en relatorías del Ministerio de la Salud y de la ONU – indican que el Brasil tiene una persona asesinada cada 9 minutos y 48 segundos. En los Estados Unidos es registrada una muerte cada 34 minutos; en Japón, una cada 813 minutos y en Canadá, un asesinato cada 861 minutos.

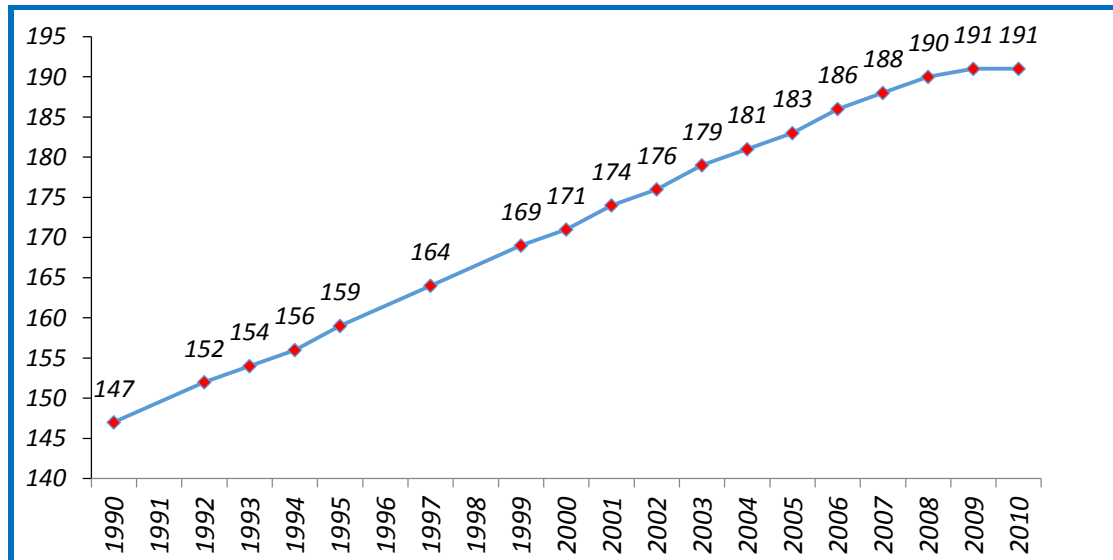
**CAPÍTULO III: DERECHOS SOCIALES EN LAS CÁRCELES DE MARANHÃO:
REALIDAD Y UTOPIA**

1. Evolución de la población carcelaria en comparación con la población nacional (1990 – 2012)



Datos actualizados hasta Jun/2012 por el DEPEN - Departamento Penitenciario Nacional.

2. Evolución de la población nacional (1990-2010)



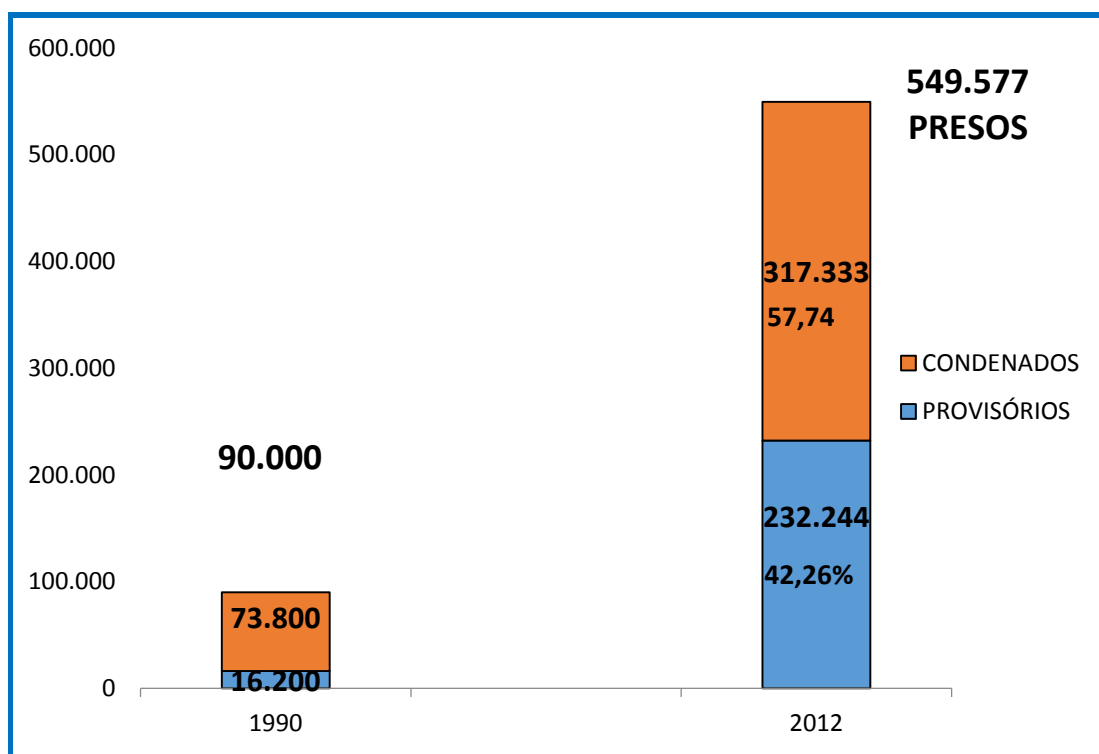
Datos actualizados hasta Jun/2012 por el DEPEN - Departamento Penitenciario Nacional.

Los valores son del orden de millones. En un análisis superficial tenemos los siguientes datos: crecimiento de la población carcelaria en los últimos 23 años (1990 - 2012): **511%**; Crecimiento de la población carcelaria en los últimos 10 años (2003 - 2012): **78%**; Población nacional: crecimiento de **30%** en el período de 1990 a 2010; Tasa de **288,14** presos/100 mil habitantes; La población carcelaria **sextuplicó (6,1x)**, mientras que la población nacional aumentó casi un **1/3**; Hubo un salto considerable en la población carcelaria entre 2002 - 2003, de **28,8%** (68.959 en número absoluto).

Conviene así enfatizar que después de una visita inédita al Brasil⁷⁰⁰ para una inspección de diez días en cinco Capitales, una comitiva de la Organización de las Naciones Unidas – ONU concluyó que hay excesiva privación de libertad en el país, bajísima aplicación de medidas alternativas a la prisión y grave deficiencia de defensores del pueblo para los detenidos.

⁷⁰⁰ La visita ocurrió en 2013 y los miembros de la Oficina de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en Ginebra estuvieron en Brasilia, Rio de Janeiro, São Paulo, Fortaleza y Campo Grande. El Documento final de relatoría será presentado al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en Ginebra, en marzo de 2014.

3. Comparación cuantitativa de presos provisionales y definitivos

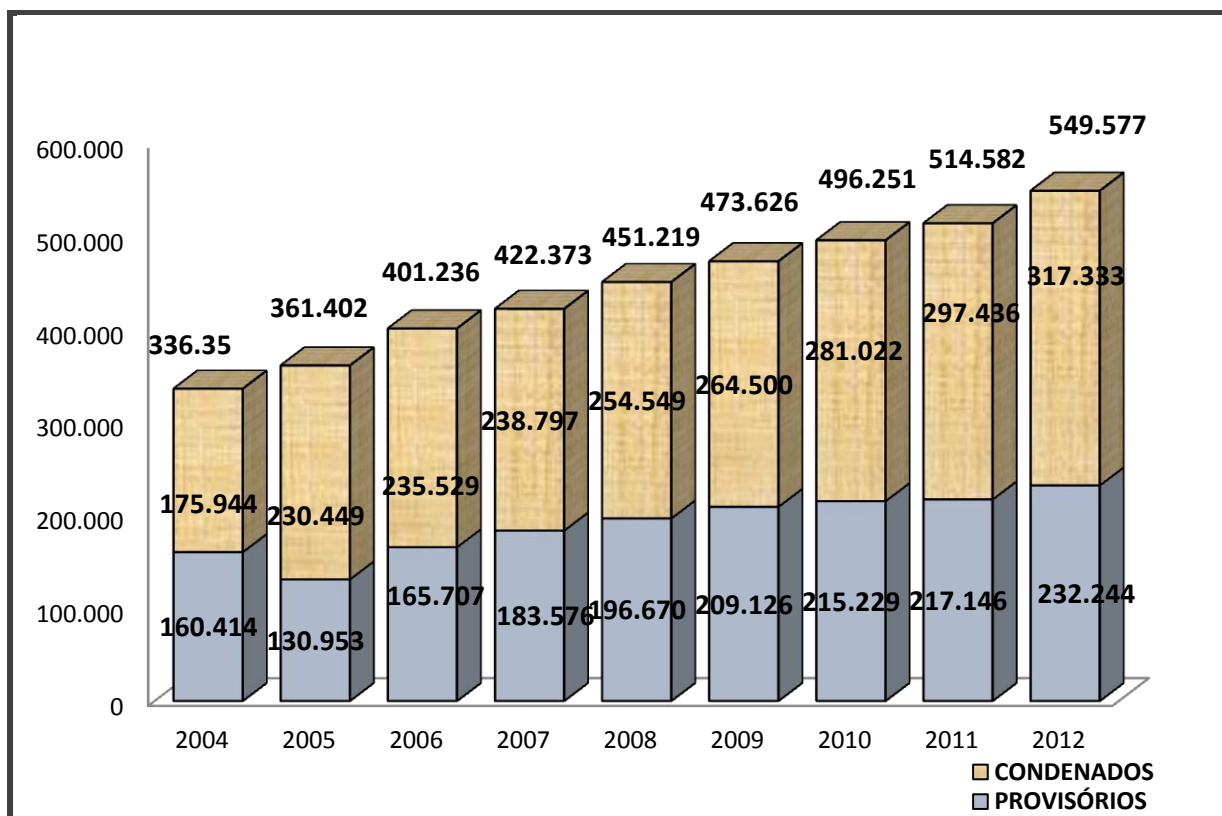


Datos actualizados hasta Jun/2012 por el DEPEN - Departamento Penitenciario Nacional.

El número de presos provisionales ha crecido 1.334% entre 1990-2012; el número de presos definitivos creció 330% en el mismo período; los presos provisionales aumentaron catorce veces mientras que los presos definitivos aumentaron casi cuatro veces. Ese dato llamó la atención de las Naciones Unidas – ONU, pues casi 45% de los presos no cumplen pena, sino que están en prisión. De acuerdo con las normas de Derecho Internacional, la prisión es la excepción y no la regla. La principal medida provisoria en Brasil continúa siendo la prisión. Los jueces se resisten a adoptar medidas alternativas pues no hay mecanismos eficaces de control de esas medidas. La ONU quiere, para afrontar esa situación, que haya una

ampliación en los cuadros de los defensores del pueblo, en todos os Estados.

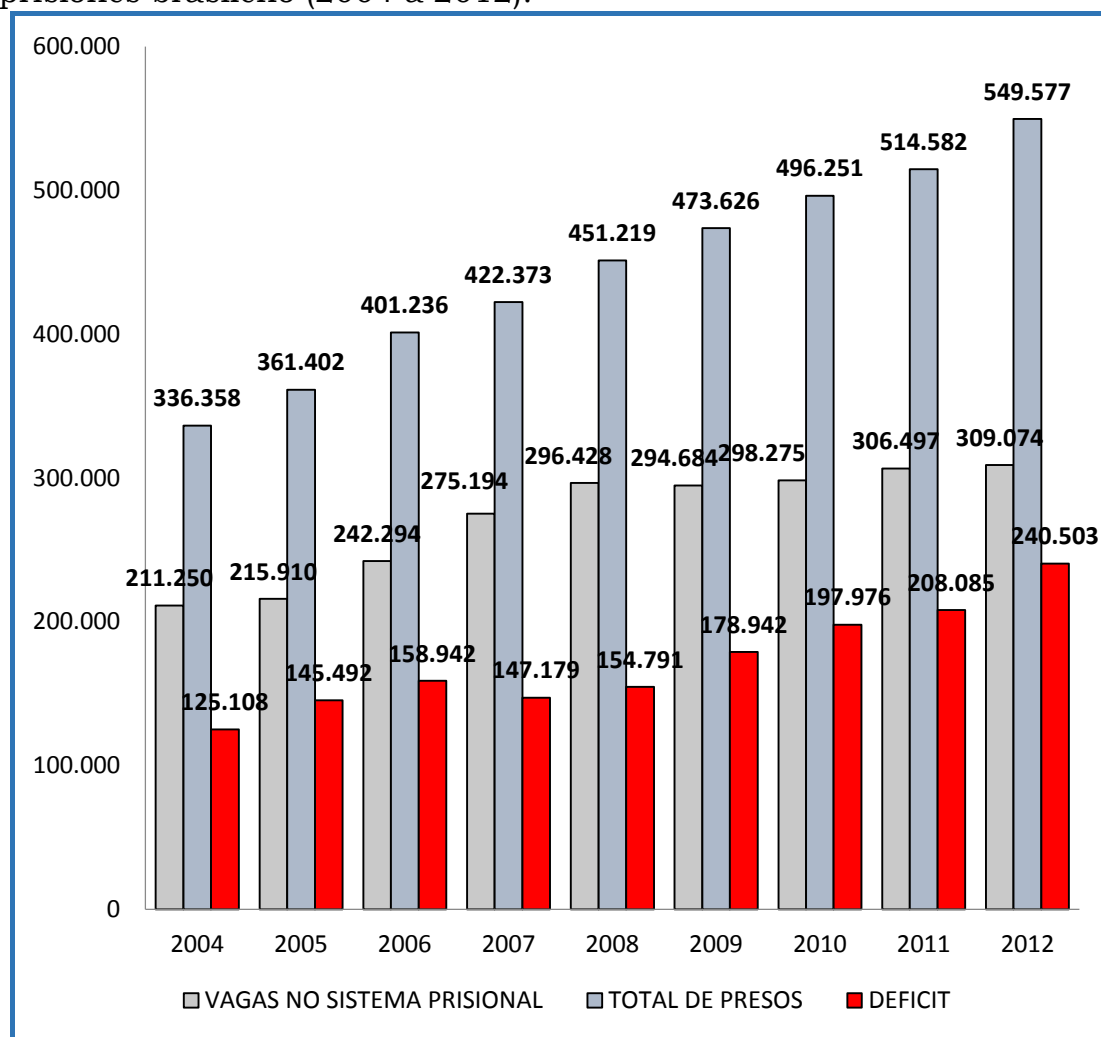
4. Evolución de la población carcelaria (provisionales y definitivos) en el período de 2004 a 2012



Datos actualizados hasta Jun/2012 por el DEPEN - Departamento Penitenciario Nacional.

Si la tendencia de crecimiento se mantuviera, en dos o tres años la población carcelaria brasileña tomará el puesto de tercera mayor del mundo en números absolutos que actualmente pertenece a Rusia, que registró una reducción en el número de presos, de 864.197 al final de 2010 para 708.300 en noviembre de 2012.

5. Evolución de la población carcelaria x plazas en el sistema de prisiones brasileño (2004 a 2012): ⁷⁰¹



El déficit de plazas carcelarias en 2004 era de 59,22% mientras que el número de presos tuvo un aumento en números absolutos. En 2012 hubo un déficit de 77,81%.

En 2012, con 549.577 presos, 309.074 plazas y un déficit de 240.503, se concluye que la tasa de ocupación de los presidios es de 1,78 presos por plaza, o sea, casi dos personas

⁷⁰¹ Datos actualizados hasta Jun/2012 por el DEPEN - Departamento Penitenciario Nacional.

por plaza. El resumen hecho por el Consejo Nacional de Justicia, muestra también que la discrepancia entre los mandatos expedidos y cumplidos se arrastra por prácticamente todos los Estados del país. Entre junio de 2011 y marzo de 2013, 306,9 mil órdenes de prisión fueran emitidas por los tribunales estaduais y federales, pero 226,2 mil (70,6%) aún aguardan cumplimiento. O sea, solamente 80,7 mil fueran logradas mientras que 13,4 mil fueran extintas.

Según los datos del Banco Nacional de Mandatos de Prisión - BNMP, órgano del CNJ, los Estados con mayor déficit de cumplimiento, tanto en números absolutos cuanto relativos, son: Paraná (30.431), Minas Gerais (28.641) y Goiás (20.885). Esos Estados representan, respectivamente, 15,79%, 14,86% e 10,84% del total de mandados en abierto en el país.

"Por más esfuerzo que el Estado haga, no dará cuenta de construir más plazas en el mismo ritmo", admite el director del Departamento Penitenciario Nacional - DEPEN, del Ministerio de la Justicia, AUGUSTO ROSSINI. No se puede desconocer que la escalada de violencia en Brasil tiene estrecha correlación con los altos índices de encarcelamiento que se registran. Y no se puede hablar del sistema penitenciario sin que se haga una contextualización de la violencia en el día a día de los brasileños.

3.2.2. La percepción popular sobre la violencia en Brasil

"¿Qué es el minimalismo Penal? ¿Sería posible aplicarlo en una sociedad con altas tasas de criminalidad como la nuestra? De hecho, en Brasil esto ya existe en cierta medida, aunque *inside out*: para los ricos y poderosos tiene vigencia el abolicionismo; para la clase media, el derecho penal mínimo; y para los miserables, el derecho penal máximo o derecho penal del enemigo."

Paulo Queiroz,
www.pauloqueiroz.net/entrevista-concedida-pelo-autor

Una encuesta del Instituto de Investigación Económica Aplicada – IPEA, divulgada en 2012,⁷⁰² apunta la violencia como el mayor problema para el país. Según los brasileños, la violencia, las deficiencias del sistema de salud y la corrupción son los tres problemas más graves del país en la actualidad. Se entrevistó a cerca de 3.700 personas y el 23% de las personas encuestadas señalaron la seguridad como el problema más grave; a continuación se apuntó la salud, con un 22,3%, y la corrupción, con un 13,7%. En la lista aparecen además el desempleo (12,4%), la educación (8%), la pobreza (6,1%) y la desigualdad (5,8%).

⁷⁰² www4.planalto.gov.br

Tabla 8: Los problemas de Brasil, según el estudio del IPEA/2012

Seguridad	23%
Salud	22,3%
Corrupción	13,7%
Desempleo	12,4%
Educación	8%
Pobreza	6,1%
Desigualdad	5,8%

El profesor GUSTAVO VENTURI, del departamento de sociología de la Universidad de São Paulo (USP), llama la atención sobre el hecho de que la lista de las prioridades nacionales se recicla periódicamente. Así, afirma lo siguiente: “Si volvemos a las elecciones del 2002, por ejemplo, el paro era el tema principal de las campañas presidenciales, junto con la seguridad. Hoy se da un cambio en función del calentamiento de la economía y de la formalización del empleo que hace que el problema se coloque en los puestos de más atrás de la lista.”

Pero la percepción de la gente acerca de cuáles son los problemas más graves del país varían mucho conforme a la edad, a los ingresos y a la región. Los sureños son los que están más preocupados con la corrupción. En el Norte y en el Nordeste se apunta la violencia como el problema más grave. En el Sudeste y en Centro-oeste la salud aparece en la lista como el problema más acuciante. Respecto a cuáles son los asuntos más urgentes también hay diferencias de opinión entre los ricos y los pobres. En las familias cuya renta per cápita

mensual asciende hasta un cuarto del salario mínimo, un 23,7% considera que el acceso a la salud es el problema más grave, seguido por la violencia (22,6%) y el paro (18,4%).

En cuanto a la gente cuya renta familiar per cápita es superior a cinco salarios mínimos, el 27,8% está de acuerdo en que el problema más grave es la corrupción, el 26% piensa que es la salud y el 17,7% creen que es la violencia. Tan solo un 1,7% de los más ricos consideran que la falta de trabajo es un problema importante en Brasil.

VENTURI explicó que cada grupo tiende a evaluar la situación conforme a su propia realidad, y que existe una diferencia de “agenda” entre los distintos grupos de población. “La vida de la gente ha cambiado en los últimos años en términos objetivos. Hubo millones de personas que ascendieron socialmente y ese cambio en la condición de su vida suena más alto que cualquier discusión más subjetiva, como la de la corrupción. Los grupos con mayor renta, que necesitan menos un Estado fuerte y activo, van a ser los más sensibles a esa discusión”, determina el sociólogo.

En el grupo con la renta más alta, el 16,8% cree que la educación es un problema importante, mientras que entre los más pobres tan solo el 5,9% están de acuerdo con esa afirmación. La diferencia es que el primer grupo tiende a analizar la cuestión de la educación desde el punto de vista del acceso, mientras que el otro considera de manera más crítica el factor de la calidad. Señala VENTURI:

“Las clases más bajas antes no tenían acceso a la educación, por eso tienen un grado menor de exigencia. Son padres que no han tenido acceso a la escuela y ahora ven que la enseñanza superior está en el horizonte de sus hijos. Por otro lado, la finalización de los estudios en diferentes niveles no es suficiente para garantizar la colocación en el mercado ante una economía emergente como la brasileña. La discusión de la calidad de la educación le preocupa más a las clases más altas.”

Según el estudio del IPEA, la población más joven es la que más se preocupa por la cuestión del paro, de la educación y de la desigualdad social. Para los adultos, por otro lado, el problema más grave es la salud. A las personas mayores lo que más les inquieta es la violencia y la corrupción.

3.3. La población carcelaria de Maranhão en un contexto nacional

Pese a ser el Estado que tiene el menor índice de encarcelamiento de Brasil y la 8ª menor cantidad de presos – 5.263, sumándose los que están en la policía – , en términos de violencia dentro de las cárceles los números hasta 2010 eran alarmantes. Hasta aquel año, el índice de asesinatos en las unidades penitenciarias totalizaba 30% de los que mueren en presidios en Brasil. En el año de 2010, fueron 42 homicidios frente a 20 de 2009. Entre enero de 2007 y diciembre de 2010 ocurrieron 86 muertes en el sistema. La media de muertes por

año era de 19. Esa situación llamó la atención de los organismos internacionales. En 18 de noviembre de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA⁷⁰³ expresó “profunda preocupación” por las muertes ocurridas en centros penitenciarios de Brasil, acrecentando que “el 9 de noviembre terminó una rebelión en el Complejo Penitenciario de Pedrinhas, en la ciudad de São Luís, Estado de Maranhão, la cual ha durado más de 27 horas y ha provocado la muerte de por lo menos 18 personas.” En ese mismo documento la OEA advirtió que el Estado, en su posición de garante frente a las personas privadas de su libertad, “tiene el deber irrenunciable de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal de los individuos sobre los cuales ejerce custodia.” Y prosigue: “En vista de esa obligación fundamental, los Estados tienen el deber de adoptar medidas concretas para prevenir actos de violencia en los centros penitenciarios.” Más adelante apunta, entonces, cuáles son esas medidas: “el establecimiento de mecanismos de alerta inmediata para evitar crisis o emergencia y reducir los niveles de hacinamiento que generan situaciones de tensión y enfrentamiento entre los internos, por espacio o servicios disponibles.” Finalmente, la Comisión de la OEA observó que el evento había ocurrido en un centro penitenciario con un alto índice de superpoblación.

⁷⁰³ Comunicado de prensa da CIDH, Washington, D.C., 18 de noviembre de 2010.

Investigadores como FERNANDO SALLA⁷⁰⁴, del Núcleo de Estudios de la Violencia de la Universidad de São Paulo, afirman que la sociedad exige más medidas punitivas que llevan al aumento de la población carcelaria. Medidas como la implementación de penas alternativas y reinserción de presos no son bien aceptadas por la sociedad. El miedo y la inseguridad son sentimientos diseminados y es difícil hacer la aprobación de medidas para solucionar la superpoblación en un ambiente social y político que no es favorable. La población carcelaria del Estado de Maranhão totaliza unos 5.263 presos incluyendo los cerca de 1.200 presos que están en Comisarias de Policía. De ese total, 4063 reclusos son del Sistema Penitenciario Estadual y corresponden a 77,20% de la población carcelaria. De los 4.063 reclusos del Sistema Penitenciario Estadual 93% (3.765) son del sexo masculino y 7% (298) son del sexo femenino y todos son brasileños natos.

Con referencia a los 1.200 presos de la Policía, no ha sido hecha la distinción por régimen por falta de datos fiables.

⁷⁰⁴ SALLA, Fernando, *in* <http://www.agenciabrasil.ebc.com.br> – entrevista con Daniella Jinkings, 24.8.2010.

**CAPÍTULO III: DERECHOS SOCIALES EN LAS CÁRCELES DE MARANHÃO:
REALIDAD Y UTOPIA**

Tabla 9. RANKING DE LA POBLACIÓN CARCELARIA POR ESTADO (número absoluto y por 100 mil hab.)⁷⁰⁵

ESTADOS	PRESOS	POSICIÓN	TASA	POSICIÓN
ACRE	3.820	22º	521,29	1º
RONDÔNIA	8.051	17º	515,92	2º
MATO GROSSO DO SUL	12.216	13º	498,75	3º
SÃO PAULO	190.818	1º	462,56	4º
DISTRITO FEDERAL	11.453	14º	446,87	5º
ESPÍRITO SANTO	14.716	10º	418,94	6º
RORAIMA	1.783	27º	395,14	7º
MATO GROSSO	11.248	15º	370,73	8º
PARANÁ	35.480	3º	339,86	9º
PERNAMBUCO	27.193	6º	309,15	10º
RIO GRANDE DO SUL	30.068	5º	281,13	11º
SANTA CATARINA	16.945	8º	271,13	12º
AMAPÁ	1.808	26º	270,38	13º
MINAS GERAIS	51.900	2º	264,86	14º
PARAÍBA	8.756	16º	232,45	15º
CEARÁ	18.304	7º	216,67	16º
RIO DE JANEIRO	33.561	4º	209,84	17º
GOIÁS	12.578	11º	209,49	18º
AMAZONAS	7.270	18º	208,85	19º
RIO GRANDE DO NORTE	6.611	19º	208,67	20º
SERGIPE	3.756	23º	181,62	21º
TOCANTINS	2.490	25º	179,98	22º
PARÁ	12.574	12º	165,71	23º
ALAGOAS	4.333	21º	138,84	24º
BAHIA	15.088	9º	107,61	25º
PIAUI	3.302	24º	105,87	26º
MARANHÃO	5.263	20º	80,11	27º

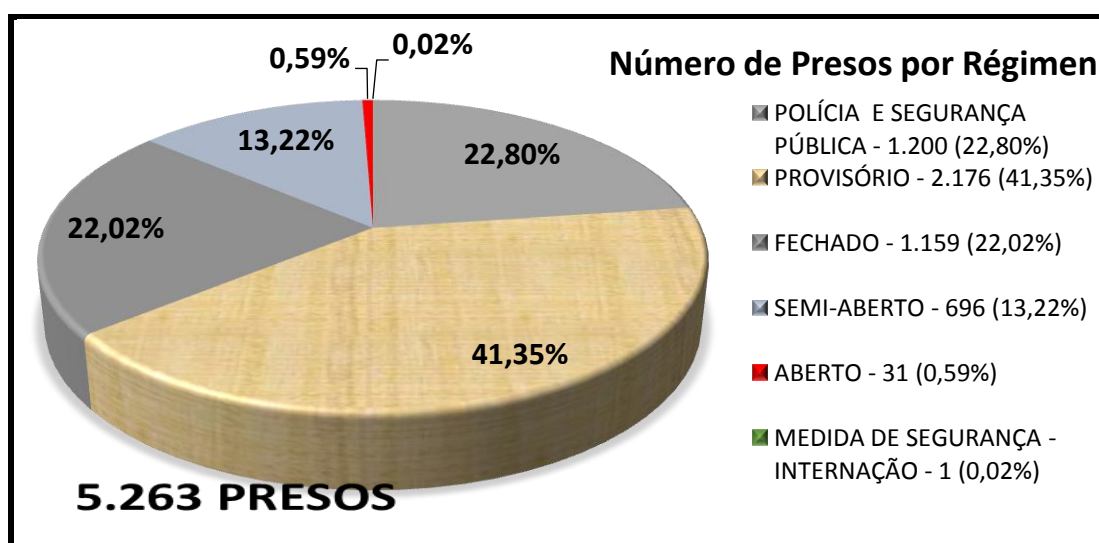
Datos actualizados hasta Jun/2012 por el DEPEN - Departamento Penitenciario Nacional.

El Estado con más presos del Brasil, en proporciones, es el Acre, pues posee una tasa de 521 presos por 100 mil habitantes mientras que el Estado de Maranhão ocupa la 27ª posición con la tasa de 80,11/100 mil hab. Los cinco Estados

con la mayor población carcelaria por 100 mil habitantes son: Acre (521); Rondônia (516); Mato Grosso do Sul (499); São Paulo (463) y Distrito Federal (447).

La tasa de presos por 100 mil habitantes es de 288,14, mientras que en Maranhão es de 80 presos/100 mil habitantes, la más pequeña del Brasil.

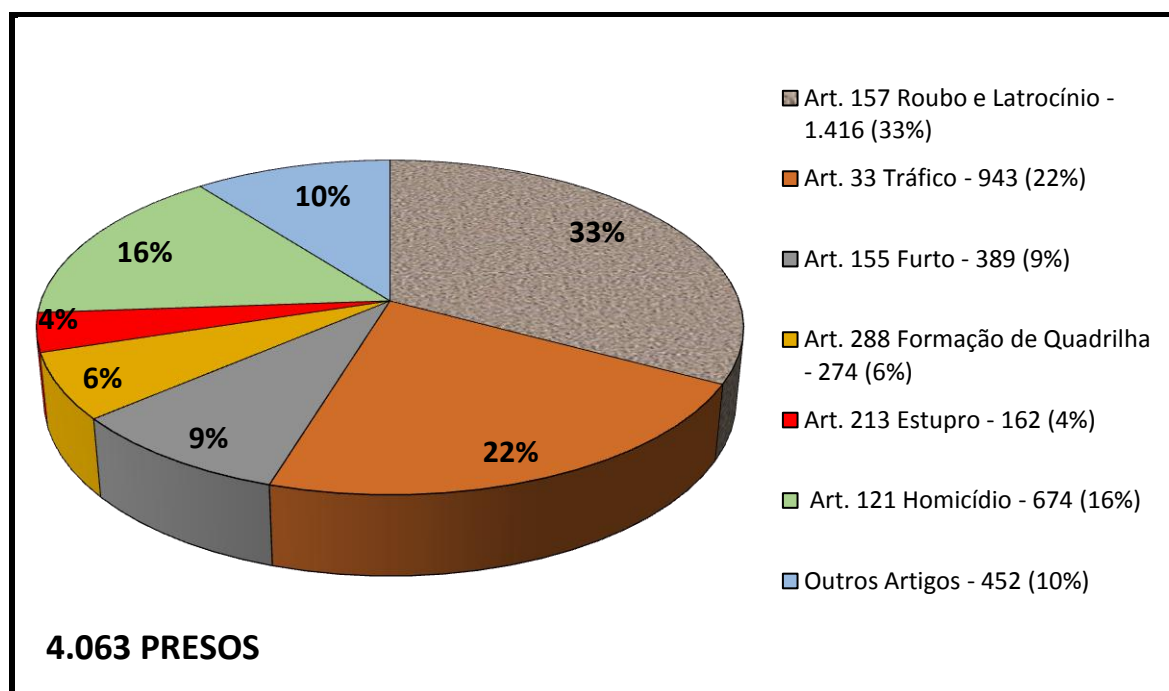
3. Tipos de régimen de los centros penales del Estado⁷⁰⁶



Entre la población carcelaria de 5.263 presos, 1.200 están ubicados en Comisarias de Policía, en 80 municipios del Estado de Maranhão, bajo, por tanto, la responsabilidad de la Secretaria de Policía del Estado. De media, los presos en Comisarias suman 15 personas. Las Comisarias con mayor cantidad de presos son de las de los municipios de Rosário, Coroatá, Itapecuru, Pinheiro, Codó, Balsas e Imperatriz.

⁷⁰⁶ Datos actualizados hasta Jun/2012 por el DEPEN - Departamento Penitenciario Nacional.

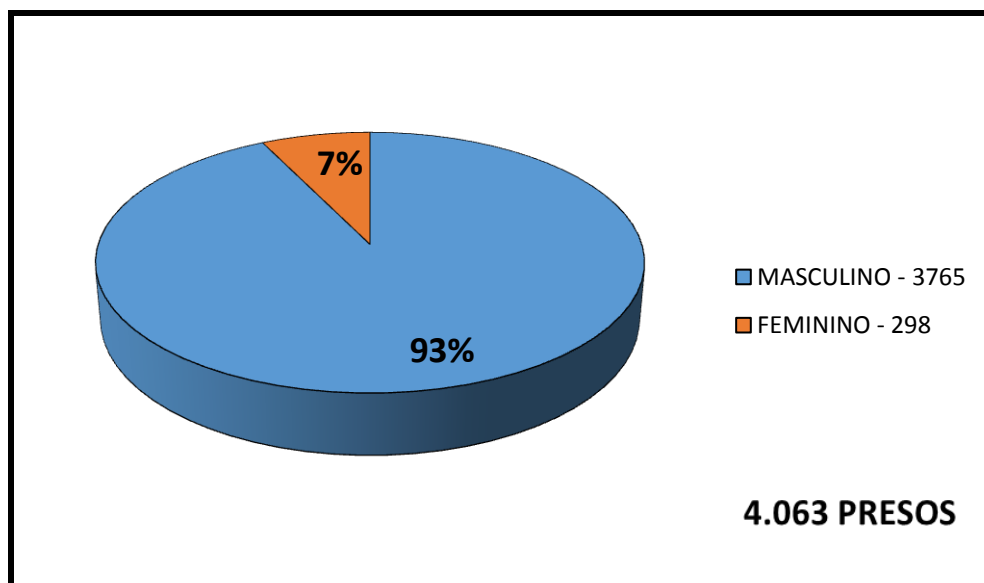
4. Reclusos por artículo ⁷⁰⁷



Del total de 4.063 presos, 1.416 (33%) reclusos en el Sistema Penitenciario Estadual están encarcelados por el crimen de Robo y de Latrocinio. De estos, 1.361 son del sexo masculino y 55 son del sexo femenino. Del total de 4.063 reclusos, 298 son del sexo femenino y la más grande incidencia de crimen es por tráfico de drogas, que corresponde a 131 detenidos.

⁷⁰⁷ Datos actualizados hasta Jun/2012 por el DEPEN - Departamento Penitenciario Nacional.

5. Reclusos por sexo⁷⁰⁸



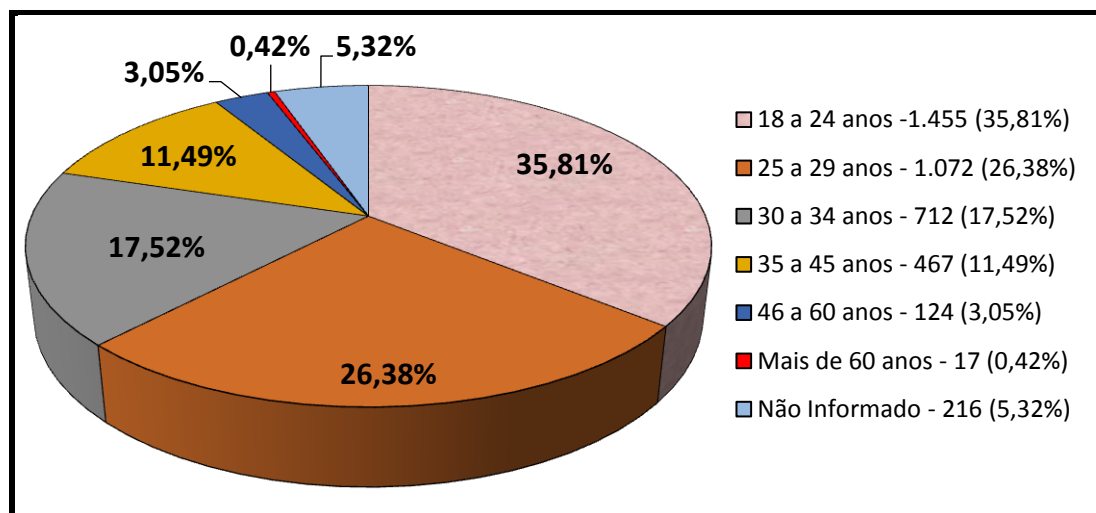
El mayor porcentaje de la población carcelaria del Estado corresponde a la franja de edad entre los 18 a 24 años (1.455 presos); y en segundo lugar están los situados entre los 25 a 29 años (1.072 presos). Lo que autoriza a decir que 62,19 % tiene de 18 a 29 años.

Estos números llevan a otros relacionados a las víctimas de la violencia en Brasil: la mayoría de los homicidios que ocurren en el país los cometen personas jóvenes: del total de víctimas en 2010, cerca de 50% tenían entre 15 e 29 años. De

⁷⁰⁸ Datos actualizados hasta Jun/2012 por el DEPEN - Departamento Penitenciario Nacional.

esas, 75% eran negras.⁷⁰⁹ Cuando se trata de muertes por armas de fuego, los jóvenes representan el 67,1%.⁷¹⁰

6. Edad predominante entre los reclusos de Maranhão⁷¹¹



Las causas para explicar esa situación sirven tanto para los jóvenes encarcelados como para los jóvenes que son el blanco de la violencia. Para el sociólogo JULIO JACOBO WAISELFISZ, responsable por la encuesta del Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, los datos indican el abandono de la escuela y la baja inserción en el mercado de trabajo: “Hoy tenemos 9 millones de jóvenes que no estudian, no trabajan y que son vulnerables a situaciones de violencia”.

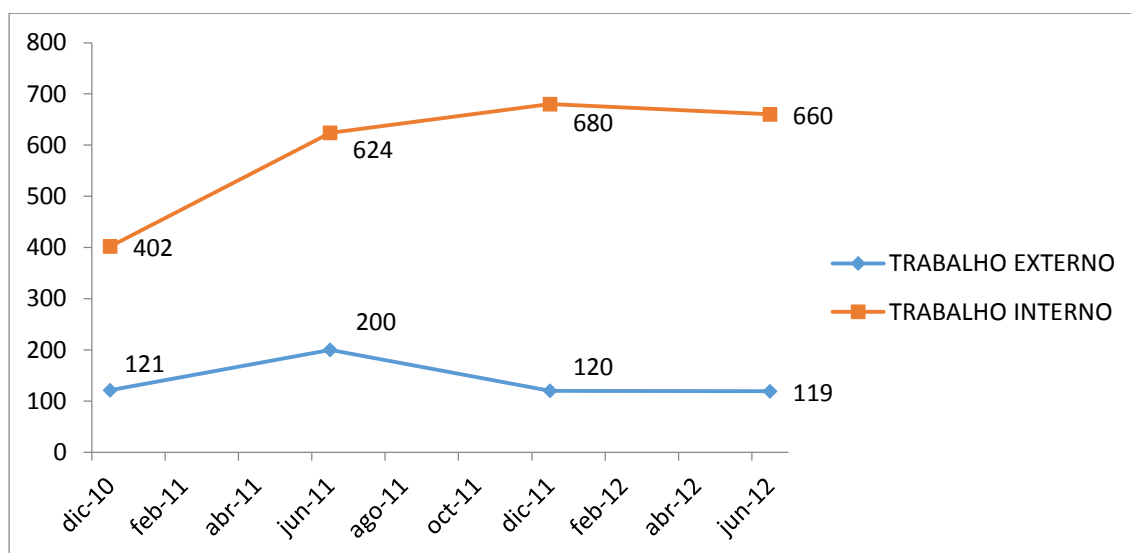
⁷⁰⁹ Estudios y diagnósticos elaborados a partir de los datos del Sistema de Informaciones y de Mortalidad (SIM), del Ministerio de Salud.

⁷¹⁰ Encuesta realizada por el Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos y por la Facultad Latino-Americana de Ciencias Sociales, *in* www.agenciabrasil.ebc.com.br

⁷¹¹ Datos actualizados hasta Jun/2012 por el DEPEN - Departamento Penitenciario Nacional.

Según el Programa de Juventud de las Naciones Unidas, las estadísticas muestran que, entre todos los sectores de la población, los jóvenes son quienes delinquen más activamente aunque, a la larga, la mayoría de ellos desisten de las actividades delictivas y antisociales. La inmensa mayoría de quienes cometen actos de violencia contra jóvenes en países desarrollados son de la misma edad y sexo que sus víctimas. En la mayoría de los casos son delincuentes varones que actúan en grupos.

7. Evolución de presos en programas laborterápico en el período de 2010 a 2012:



Datos actualizados hasta Jun/2012 por el DEPEN – Departamento Penitenciario Nacional.

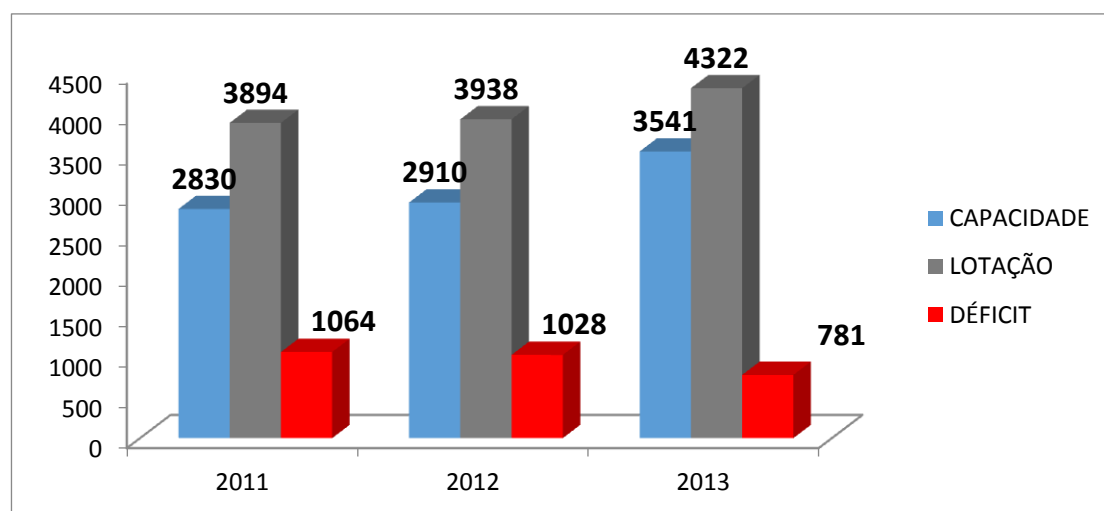
Partiendo del dato de 4.063 presos, las cifras indican que 660 ejecutan actividades de trabajo interno, correspondiendo a 16,24% de la población carcelaria del Sistema Penitenciario del Estado, mientras que 119 presos ejecutan actividades de

trabajo externo, correspondiendo a 2,92 % de la población carcelaria.

La Portaria n° 63 de 2009 del Departamento Penitenciario Nacional – DEPEM, establece que las penitenciarias serán suministradas con el servicio de terapia ocupacional, bajo la responsabilidad de un profesional terapeuta responsable de la implementación de actividades laborterapias con el objetivo de desarrollar las habilidades del preso. El terapeuta ocupacional, por tanto, intenta preparar al interno para el mercado de trabajo, por medio de proyectos de cualificación profesional y supervisión de acciones relacionadas a la oferta y ejecución del trabajo. Así, los trabajos externo e interno son perfeccionados en aparcerías con la iniciativa privada y órganos públicos, e incluyen actividades de artesanía, industriales y otras.

En la evolución de esa actividad en las unidades de prisión, constatamos que el trabajo interno, de Diciembre/2010 a Junio/2011, tuvo un incremento del 55,22%; de Junio/2011 a Diciembre/2011, ocurrió un aumento de 8,97%; y de Diciembre/2011 a Junio/2012 verificase una reducción de 2,94%. Confrontando los números, podemos afirmar que el trabajo interno, de Diciembre/2010 a Junio/2012, tuvo un aumento de 64,17%.

8. Evolución de plazas/déficit en el Sistema Penitenciario de Maranhão



Fuente: SEJAP

En 2011 el déficit correspondía a 37,59% de su capacidad; en 2012 el déficit ha bajado ligeramente hasta el 35,32% de la capacidad del sistema penitenciario; en febrero de 2013, el déficit de plazas correspondía a 22,05%. A pesar de que el número de presos haya aumentado, el déficit de plazas de 2011 a 2013 se ha reducido en 36, 23%. Si consideramos que hay cerca de (4 mil) mandatos de prisión incumplidos en el Estado de Maranhão con reos forajidos, ese número de presos crecería en gran proporción al mismo tiempo que el déficit.

3.3.1. La violencia callejera en Maranhão

El Maranhão se aparece en la encuesta “Mapa de la Violencia 2013 – Muertes Causadas por Armas de Fuego”, realizada por el Instituto Sangari, bajo la coordinación del sociólogo JÚLIO JACOBO WASELFISZ, como el 2º Estado del

país con mayor crecimiento de homicidios por bala en el período de 2000 a 2010, por detrás solamente del Estado de Pará.

Los asesinatos por armas de fuego en esos 11 años en el Estado han crecido 344,6%, siendo que de 204 muertes en el año 2.000, el número ha saltado para 907 en 2010.

Tabla 10. Asesinatos por armas de fuego de 2000 a 2010 en Estado de Maranhão

AÑO	ASESINATOS
2000	204
2001	259
2002	286
2003	370
2004	363
2005	522
2006	524
2007	654
2008	769
2009	868
2010	907
Total de asesinatos en 10 años	5.726

Crecimiento de 344,6% ⁷¹²

⁷¹² Fuente: Mapa da Violencia 2013, Instituto Sangari/ www.mapadaviolencia.org.br

La tasa de asesinatos por armas de fuego es de 282,2% por 100 mil habitantes, también la segunda mayor de Brasil. Así, la tasa pasó de los 3,6 asesinatos a tiros por 100 mil habitantes registrados en 2.000 hasta 13,8 muertes causadas por bala por 100 mil habitantes ocurridas en 2010.

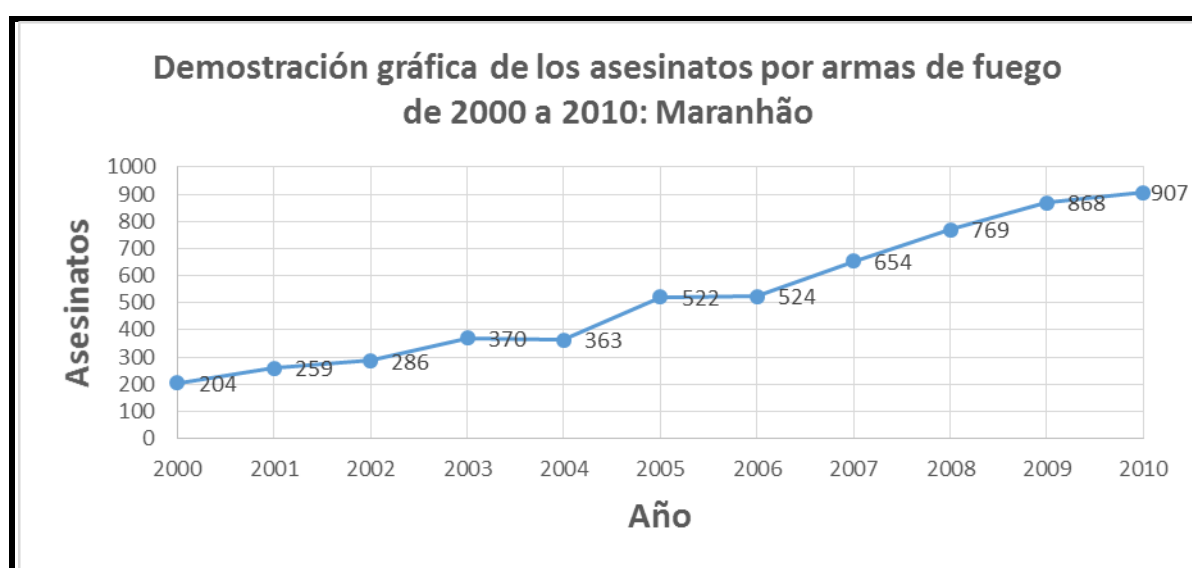
De acuerdo con el Mapa de la Violencia 2013, São Luis ha sido la capital brasileña que tuvo el mayor crecimiento de homicidios por bala entre 2.000 y 2010: 267,4%. De las 86 muertes a tiros producidas en la capital del Estado en 2.000, el número ha subido hasta 316 muertes en 2.010.

El aumento de la tasa de homicidios por 100 mil habitantes por armas de fuego en São Luís también fue el mayor entre las capitales brasileñas: 215%, de 2.000 a 2.010. De 9,9 homicidios a tiros (por 100 mil/hab.) ocurridos en São Luís en 2.000, el número se disparó hasta 31,1 en 2.010. Estos números están por encima de la media nacional e internacional.

La tasa brasileña es de 20,4 muertos por arma de fuego por cada 100 mil habitantes — 19,3 solo considerando los homicidios. Es la mayor entre los países más populosos del mundo. México, que tiene una verdadera guerra contra el narcotráfico, viene a continuación con 16,2. Más abajo está Rusia con 9,3. En los EUA la tasa es de 3,9. En China, de 0,7; En India, de 0,2, y, en Japón, de 0,01.

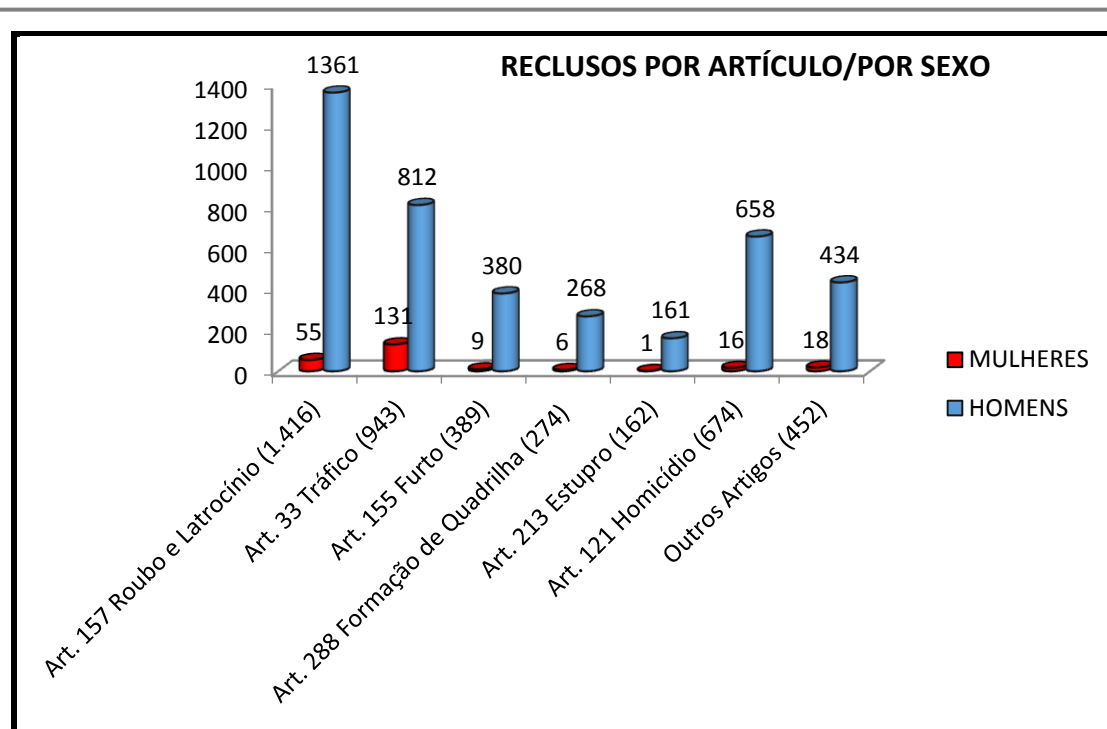
Lo más preocupante es que los números están siempre en tendencia al alza. En 2011, conforme los registros del Instituto

Médico Legal – IML de São Luís, se produjeron 633 asesinatos en los (4) cuatro municipios que hacen parte de la Isla de São Luís: São Luís, São José de Ribamar, Paço do Lumiar e Raposa – siendo 400 de ellos (66%) con armas de fuego. Ya en 2012, el número de homicidios en la Isla de São Luís aumentó para 716, siendo que 507 (69%) de las víctimas han sido muertas por bala.



Fuente: Mapa da Violencia 2013, Instituto Sangari, Brasil.

Datos del sistema penitenciario del Estado de Maranhão muestran que el porcentual elevado de reclusos condenados por crimines asociados a robo, latrocinio, tráfico y homicidio (71%) bien denota la violencia existente en el Estado.



Fuente: SEJAP/diciembre de 2012.

3.4. La superpoblación y la dignidad humana

Las garantías legales previstas durante la ejecución de la pena, así como los derechos humanos del recluso, están recogidos en varios estatutos jurídicos. A escala mundial existen varias convenciones, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la protección de las garantías del recluso. En Brasil, la Ley n° 7.210 de 11 de Julio de 1984, conocida como Ley de Ejecución Penal, es una síntesis de todos esos derechos. Son derechos garantizados a los condenados a lo largo del cumplimiento de la pena. En el campo legislativo,

nuestro estatuto ejecutivo-penal se considera uno de los más avanzados y democráticos que existen. Se basa en la idea de que el cumplimiento de la pena privativa de libertad debe sustentarse en el principio de humanidad, por lo que cualquier tipo de castigo innecesario, cruel o degradante se considerará inhumano y contrario al principio de la legalidad.

Es verdad que en función de la superpoblación en las cárceles brasileñas, quedase depreciado el principio de la dignidad de la persona humana, uno de los pilares fundamentales de la República brasileña, valor supremo del ordenamiento jurídico y base del sistema de derechos fundamentales. Hemos visto que hay celdas con el doble de su capacidad, hecho que confronta el principio de la dignidad humana. Pero ese principio ¿podrá relativizarse en nombre de otro principio como de la dignidad humana del cuerpo social y por lo tanto justificable así el control y contención de la criminalidad aunque en un ambiente de violación de esa misma dignidad? Es decir, ¿podrá ser relativizado cuándo un condenado estuviera en una cárcel superpoblada? O sea: ¿La dignidad humana del preso, comparada con la igual dignidad de otras personas víctimas del crimen puede estar sometida a relativización?

El profesor INGO SARLET,⁷¹³ apoyándose en la teoría de la ponderación de ROBERT ALEXY, afirma que ese principio – si se compara con la dignidad semejante de terceros – se

⁷¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

subordina a la relativización, aunque prevalezca en la comparación con otros principios y reglas constitucionales, incluso respecto al tema de los derechos fundamentales.

Expone el profesor INGO SARLET que, en esos casos,

“difícilmente se podrá (...) cuestionar que el encarcelamiento de un condenado por haber cometido un homicidio calificado por la forma como cruel (o de otro delito de máxima gravedad) en prisión con problemas de hacinamiento, no constituya, efectivamente, una violación de su libertad y dignidad personal, incluso al amparo del sistema jurídico-positivo”.

Sin embargo, la sanción impuesta, en el caso de pena de prisión, se produce “por razones vinculadas”, aunque no de manera exclusiva, “a la necesidad de proteger la vida, la libertad y la dignidad de los demás individuos que, según se evidencia” – añade con razón el magistrado brasileño –, “no podrán quedar a merced de toda clase de violencia y de violación de su dignidad personal alegando que la segregación del delincuente parece imposible ya que, a su vez, implica la limitación de su propia dignidad.” En cualquier caso, acrecienta, “el uso de la tortura es inadmisibile, intolerable y totalmente abominable.”

Hay jueces mientras tanto, que libertaron presos que estaban viviendo en una situación inhumana y degradante de sobre ocupación bajo el argumento de violación de la dignidad humana. Otros magistrados de superior instancia judicial,

entendieron que la protección de la vida, libertad y dignidad de los demás individuos no podrían ser vulnerados bajo esa argumentación de imposibilidad de segregación del ofensor. Y se decidieron por el retorno de los condenados a la cárcel, en una línea de razonamiento semejante a la de INGOR SARLET.

Pero para el profesor RIVERA BEIRAS,⁷¹⁴ esa situación ocurre porque “se trata de la cada vez más recurrente utilización del sistema Penal para la regulación de la conflictividad social (y, por consiguiente, de la conflictividad política).” RIVERA llama a esto “populismo punitivo” porque busca la adhesión ciudadana, que ha sido previamente alarmada y precarizada, a políticas punitivas como elemento de gobierno y reproducción del poder. Y que esto sucede a escala global y los últimos años representan una época paradigmática al respecto. Para RIVERA, debería ser adoptada “una política no carcelaria en lugar de acostumbrarnos a convivir con cárceles que viven al margen de la propia legalidad”.

En efecto, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Presos, de la ONU, que datan de 1955, revisadas y elaboradas por el Comité Permanente de América Latina, sugirieron la introducción de medidas concretas para el control de la

⁷¹⁴ RIVERA BEIRAS, Iñaki, es profesor de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona y director del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos. Autor y coordinador de diversos informes, como *Populismo Punitivo. Análisis de las reformas y contra-reformas del Sistema Penal en España (1995-2005)*, cree que en la actualidad “se trata de tocar las fibras más sensibles de la población para producir un consenso social y aplicar políticas represivas en materia penal y policial, judicial, penitenciaria, administrativa y de inmigración” – *in* <https://www.diagonalperiodico.net/>

superpoblación. De hecho, las mejores prácticas para el Tratamiento de Presos solamente podrán ser desarrolladas si el problema de la superpoblación en las cárceles se resuelve. El trabajo volcado para la rehabilitación y la reintroducción de los presos en la sociedad es útil para el interés general de la propia sociedad – en reducir, así, los riesgos de reincidencias y la tasa de criminalidad.

Para el criminalista EUGENIO RAÚL ZAFFARONI⁷¹⁵, vicepresidente del Comité Permanente de la América Latina para la revisión de las Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de los Presos – una de las soluciones para el problema del hacinamiento en las prisiones sería (1) la reducción de la criminalización primaria, es decir, no abusar de las penas de prisión para quién comete un delito por primera vez. Otra solución apuntada por él (2) es la adopción de una ley de cotas que sería aplicada toda vez que excede en un preso la capacidad máxima del establecimiento penal. En estos casos el gestor penitenciario deberá escoger – entre los internos – aquellos que están próximos de obtener el cumplimiento de la pena para generar una plaza por medio de su libertad. Si eso

⁷¹⁵ **EUGENIO RAÚL ZAFFARONI** propuso un camino distinto para el Derecho Penal, basado en un escenario donde se podría bajar el número de presos, sacar del ámbito de la decisión punitiva una cantidad de conductas mediante la administrativización del Derecho Penal - *In Seminario Internacional sobre "Globalización y Efectividad de las Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Presos"*, 27 y 29 de abril de 2009, Buenos Aires, Argentina. www.derecho.uba.ar

no es posible, afirma ZAFFARONI, el gestor no deberá permitir el ingreso de un nuevo detenido.

3.4.1. La reinserción social y la superpoblación carcelaria: antagonismo del sistema penitenciario

Este es un tema muy complicado porque cuando se habla de reinserción social de penados se enfrentan de partida dos problemas muy serios. De un lado (1) la ausencia de presupuestos para cubrir de forma efectiva las áreas importantes del servicio público, como la salud, la educación, la seguridad social y la contención de la criminalidad. ¿Qué gestor haría inversiones de elevado importe en favor de presos dejando en descubierto otras áreas sociales de igual importancia? Todos los países afrontan hoy esta cuestión. Y por otro lado, (2) están aquellos que no confían en la eficacia de la reinserción social por considerar la reincidencia delictiva de los penados como fruto de su propia naturaleza. O sea, son delincuentes contumaces y por lo tanto irrecuperables. Como círculo vicioso, tenemos cárceles superpobladas que dificultan aún más los trabajos de reinserción social.

Así, en esa línea de argumentación, si hubiese tal inversión sería un despilfarro de dinero público pues estaríamos gastando en gente sin importancia desde un punto de vista social – además de que hay un prejuicio social con los presos ya comprobada en la encuesta realizada en Brasil conforme hemos referido antes. Luego, tenemos que enfrentar –

cualquiera que sea la política social volcada para el sistema penitenciario – estos dos elementos: la opción presupuestaria (de una manera general cada vez menor) – y el prejuicio social. Hay un tercer factor vinculado a los dos primeros y que se refiere a la superpoblación carcelaria. Estos ingredientes hacen que la función resocializadora que debería cumplir la cárcel permanezca cada día más lejana.

De hecho, la Oficina la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁷¹⁶ denunció recientemente, en Ginebra, un “alarmante patrón de violencia en las prisiones de Latinoamérica, debidas al endémico problema de superpoblación de las cárceles”. De media, las prisiones albergan un 30 por ciento más de prisioneros de lo que deberían, pero en muchos casos se llega hasta el 100 por ciento, lo que facilita las tragedias. En São Luís del Maranhão, como en el resto de casi todo el Brasil, fácilmente se encuentran cárceles con el doble de su capacidad. Aquí en España datos del Observatorio de la Delincuencia⁷¹⁷ apuntan

⁷¹⁶ "El mayor problema de la prisiones en Latinoamérica es la superpoblación. De media, las prisiones albergan un 30% más de prisioneros de lo que deberían, pero en muchos casos se llega hasta el 100%, lo que facilita las tragedias", puntualizó en rueda de prensa el portavoz de la Oficina, RUPERT COLVILLE que señaló aún que esta situación se exacerba por la lentitud de la Justicia y por el "abuso" del uso de la prisión preventiva - www.elmundo.es/america/2012/02/17/noticias/1329477131.html

⁷¹⁷ Observatorio de la Delincuencia (ODA). Instituto andaluz interuniversitario de Criminología. Universidad de Málaga. *Evolución de la delincuencia en España: Análisis longitudinal con encuestas de victimización*. Revista Española de Investigación Criminológica, publicado el 12 de abril de 2010. Elisa GARCÍA ESPAÑA, José Luis Díez RIPOLLÉS, Fátima PÉREZ JIMÉNEZ, María José BENÍTEZ JIMÉNEZ & Ana Isabel CERZO DOMÍNGUEZ.

que las prisiones españolas están entre las tres más pobladas de Europa (tan sólo superadas por Chipre e Italia). Algunas están al 140 por ciento de su capacidad.

En Brasil la superpoblación se evidencia porque tenemos altas tasas de criminalidad. España, al contrario, tiene una de las más bajas tasas de criminalidad de Europa: 47,6 infracciones penales por cada mil habitantes. Todavía tiene 166 reclusos por 100 mil habitantes. La superpoblación aquí se explica porque el país tiene la tasa de encarcelamiento más alta de Europa (la dureza de las penas para los delitos habituales como robo y tráfico de drogas; la imposibilidad de redimir condena y la dificultad para la concesión de libertad condicional, son algunas de las causas apuntadas para esta paradoja).

El mantenimiento en prisión de un preso, en España, cuesta 60 euros diarios o sea 1.800 euros mensuales. En Brasil, entre 1.800 a 2.200 reales por mes. Así, se malogra la rehabilitación y el sistema penitenciario no consigue reducir las tasas de reincidencias – la sociedad habrá sido entonces doblemente penalizada: (1) con el alto coste del sistema y con (2) una nueva ola de criminalidad. Los índices de reincidencia se sitúan entre el 40% y el 70% en España mientras que en Brasil estos índices llegan a 87% por ciento si el preso pasa más de 4 años en la prisión. La cárcel, así, puede ser ella misma un elemento de reincidencia y retro-alimentadora de más violencia y por lo tanto habrá más cárceles sobre-ocupadas.

Aprisionar más, endurecer más las penas, ha sido la respuesta social y legislativa, en Brasil, para solventar la violencia urbana en el país. O sea, más presos y más mano dura, pero con menos cárceles para abrigar tantas prisiones. El círculo vicioso así se alimenta. MIRABETE⁷¹⁸ no cree en resocialización dentro de las cárceles:

“La resocialización no puede ser conseguida en una institución como la cárcel. Los centros de ejecución penal, las penitenciarías, tienden a convertirse en un microcosmo en lo cual se reproducen y se agravan las grandes contradicciones que existen en el sistema social exterior (...). La pena privativa de libertad no resocializa, al contrario, estigmatiza al recluso, impidiendo su plena reincorporación al medio social. La prisión no cumple su función resocializadora. Sirve como instrumento para la manutención de la estructura social de dominación.”

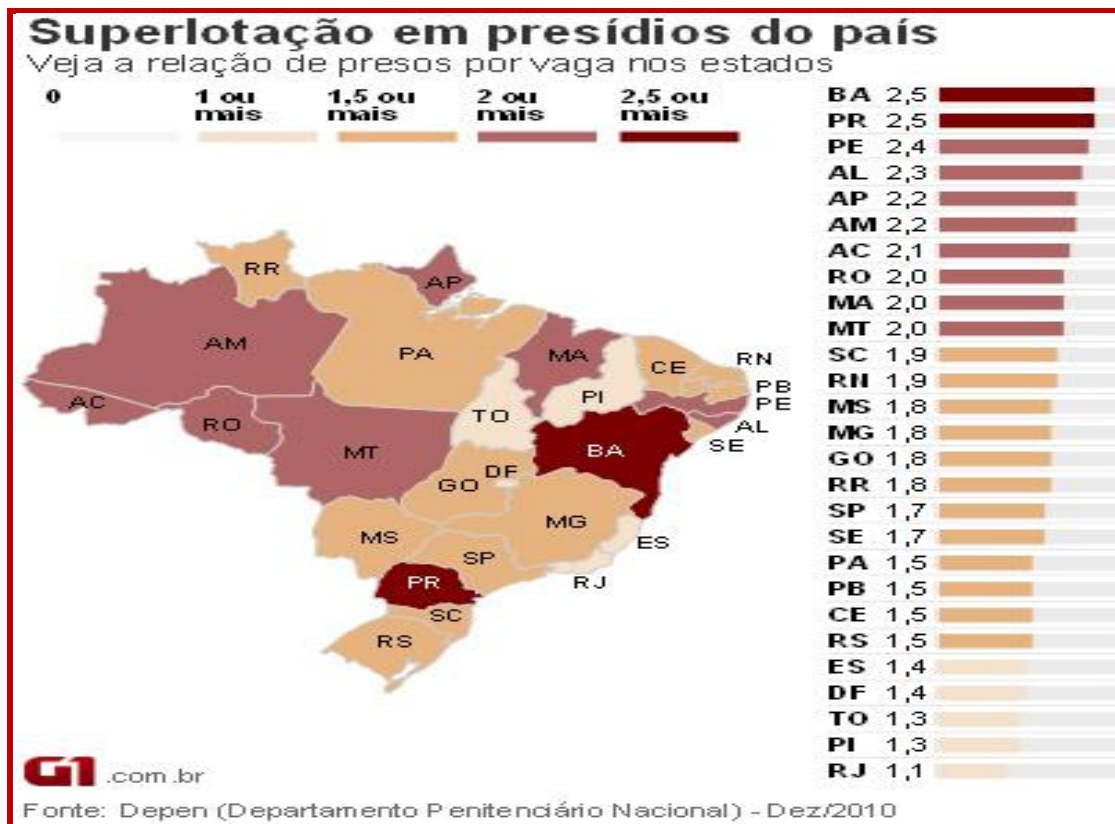
Pero lo más dramático para el trabajo de resocialización es el ambiente sobre poblado, insalubre, y sin las condiciones básicas de higiene. El investigador FERNANDO SALLA⁷¹⁹, del Núcleo de Estudios de la Violencia de la Universidad de São Paulo (NEV-USP), dice además que el sistema penitenciario de Brasil tiene problemas crónicos, como la deficiencia del número de plazas, la falta de asistencia jurídica y las pésimas

⁷¹⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. São Paulo, Editora Atlas, 2002, 10ª edición, pág.24.

⁷¹⁹ SALLA, Fernando, in <http://www.agenciabrasil.ebc.com.br> – entrevista con Daniella Jinkings, 24.8.2010.

condiciones de vida a las cuales los presos están sometidos. Y a continuación, afirmó que “nunca conseguimos tener un sistema penitenciario con capacidad suficiente de plazas para dar cuenta del flujo de entrada y salida de presos. Eso es una cuestión central que continúa siendo un problema muy grande para los administradores en Brasil”.

En 2010, la situación de la superpoblación carcelaria no presentaba un cuadro muy diferente al de hoy, en términos de Brasil, pero en relación al Estado de Maranhão vamos a encontrar en aquel año una situación más crítica que en 2012, respecto a la relación de presos por plaza, con el Estado ocupando la 9ª posición.



3.4.2. La creación de SEJAP en Estado de Maranhão

En un breve diagnóstico sectorial podemos decir que la Secretaría de Estado de Justicia y de Administración Penitenciaria – SEJAP concluyó en diciembre de 2012 dos años efectivos de gerencia del Sistema de Prisiones del Estado de Maranhão. En enero de 2011 diecinueve instituciones penales de la Secretaría de Seguridad Pública – SSP, que había sido la gestora de dicho sistema hasta finales de 2010, tuvieron sus funciones trasladadas al nuevo órgano gestor. No obstante, el año 2012 finalizó teniendo veinticuatro instituciones penales con función penitenciaria.

En los años 2011 y 2012 se abrieron 983 plazas en la capital y en el interior, con inversiones financieras que ascienden a un total de R\$ 11.796.000,00⁷²⁰ reales en obras y reformas específicamente a un coste medio de 12 mil reales/plaza. Tales inversiones pretendían subsanar el principal asunto administrativo de políticas públicas pendiente enfocado en el área de ejecución penal, que era la disparidad entre el número de reclusos y las plazas ofertadas para custodiarlos.⁷²¹

⁷²⁰ Equivalente a € 4.289.454,50 euros.

⁷²¹ Hasta febrero de 2012 tenían cerca de 1.200 presos en Comisarías de Policía, en Maranhão (que es una situación absolutamente irregular, pero en todos los Estados del país existen cerca de 60 mil presos en Comisarías de Policía) – que sumados a una población excedente de 800 presos en el sistema penitenciario del Estado apunta para una necesidad de apertura de 2.000 plazas en el sistema.

Paralelamente a la apertura de nuevas plazas, se consideró una acción prioritaria el tratamiento penal adecuado a los reclusos, procurando así cumplir el capítulo 2 de la Ley de Ejecución Penal – LEP, que registra los derechos que tiene garantizados el preso y que corresponde ejecutar al Estado como deber. Se firmaron varias colaboraciones con ayuntamientos municipales, sectores empresariales, empresas proveedoras de servicio de la SEJAP y de voluntariado, teniendo como objetivo garantizar las siguientes asistencias: I) material; II) de salud; III) jurídica; IV) educativa; V) social; VI) religiosa.

Otro organismo vinculado a la SEJAP es el Fondo Penitenciario Regional – FUNPEN/MA, creado mediante la Ley Estadual nº 4540 de 6 de diciembre de 1983 cuyo objetivo es proporcionar recursos, de carácter suplementario, a las instituciones penales a fin de desarrollar actividades técnicas, pedagógicas y científicas. En el año 2012 esta Unidad Gestora, que recibió recursos presupuestarios/financieros transferidos de la SEJAP, pudo llevar a cabo sus acciones en el área pretendida (instituciones penales) de manera eficiente y resolutiva.

Hay constancia, además, de la importante actuación en colaboración con el Gobierno Federal mediante convenios firmados con el Ministerio de Justicia, órgano encargado del Departamento Penitenciario Nacional – DEPEN, que es la entidad reguladora de la política pública centrada en el área de

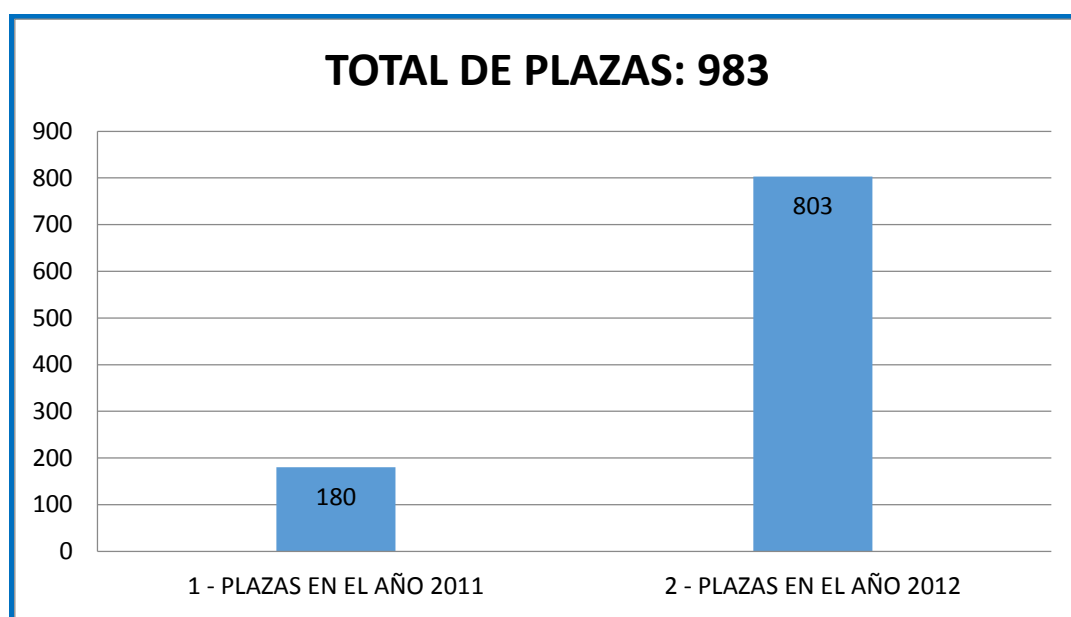
Ejecución Penal del país. La herramienta que se usó para la realización formal de las acciones fue el SICONV – Sistema de Convenios del Gobierno Federal.

Para terminar este breve diagnóstico, hay que poner de relieve la constante colaboración con el Poder Judicial del Estado de Maranhão, así como con el servicio de la Defensoría Pública del Estado, destinado a la población carente, que uniéndose al propósito del Ejecutivo de sanar los históricos conflictos operativos del sistema penal en ese Estado, han dado muestras del apoyo necesario para proseguir la búsqueda de la garantía de los derechos de los presos que se hallan en las Unidades Penitenciarias, aunque con sus conocidas limitaciones.

3.4.2.1. La aperturas de plazas y la regionalización del sistema

Se establece como principal orientación estratégica del Gobierno, al mismo tiempo que el trabajo de resocialización, la oferta de plazas/vacantes en el sistema de prisiones. No se puede, en términos rigurosos, hablar de acciones sociales en las cárceles sin que se haya resultado la problemática de la superpoblación, causa de todas las demás indignidades.⁷²²

⁷²² El presidente de la Asociación de los Magistrados de Maranhão, juez GERVÁSIO SANTOS, en entrevista al periódico *Jornal Pequeno*, edición de 17.3.2013, pág.11, afirmó que "los gobiernos, de una manera general, no se aperciben de que el cuadro de



Con estas aperturas la planificación estratégica de acciones en el ámbito finalista destinado a la regionalización de la Ejecución penal, es decir, los presos con procesos en comarcas cercanas a los Centros penitenciarios inauguradas fueron transferidos a la sede de aquel municipio, permitiendo así que tanto el Poder Judicial local como los familiares del preso puedan seguir de cerca el proceso y su marcha diaria.⁷²³

sobrepoblación carcelaria produce, más temprano o más tarde, condiciones para que la violencia extravase los muros de las unidades penitenciarias con serios perjuicios a la sociedad y al Estado, allá de las constantes rebeliones en razón de ese hecho (...) Este cuadro de falta de inversiones no es privativo del Maranhão, pero produce como resultado perverso el rompimiento de la lógica principal de la pena que es la resocialización del preso.

⁷²³ La Ley de Ejecución Penal – Ley 7.210/1984, establece en su Art.103 que “Cada comarca tendrá una cárcel pública a fin de resguardar el interés de la Administración de la justicia criminal y la permanencia del preso en lugar próximo al de su medio social y familiar.” Pero hay excepciones a ejemplo del decidido en el Habeas Corpus 84.931/MG, de 04.09.2008, con base en el art.86, § 3º de la Ley 7.210/1984, siendo relator el ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO del Superior Tribunal de Justicia – STJ: “Es siempre preferible que la persona procesada o condenada sea custodiada en penitenciaria en el sitio en que vive, inclusive para facilitar el ejercicio de su derecho a la

Esta acción tiene repercusiones directas en el ahorro de costes de la familia del preso, que antes tenía que desplazarse hasta la capital para visitarlo, lo cual promueve automáticamente el control de ansiedad de los presos que anteriormente estaban lejos de sus hogares. Se transfirieron 400 presos desde la capital hacia el interior en el año 2012.

Se expone a continuación la lista de inauguraciones de nuevas Instituciones penales en el año 2011 con su capacidad respectiva:

Tabla 11. Apertura de plazas carcelarias en dos años: 2011/2012

Inauguraciones en el año de 2011	PLAZAS
Casa de resocialización de Imperatriz	70
Unidad penitenciaria de resocialización del Centro en São Luís	65
Unidad penitenciaria de resocialización de Paço do Lumiar	45
TOTAL DE PLAZAS EN 2011	180
Inauguraciones en el año 2012	PLAZAS
Unidad penitenciaria de resocialización de Santa Inês	90
Unidad penitenciaria de resocialización de Bacabal	92
Unidad penitenciaria de resocialización de Davinópolis	106
Unidad penitenciaria de resocialización del Monte Castelo	130
Anexo penal de la central de custodia de presos de justicia de Imperatriz	160
Unidad penitenciaria de resocialización de Olho D'Água	110
Anexo penal de la penitenciaría de Pedrinhas	115
TOTAL DE PLAZAS EN 2012	803
TOTAL DE PLAZAS ABIERTAS EN DOS AÑOS DE SEJAP	983

asistencia familiar, pero, si su permanencia en la penitenciaría de su localidad se evidencia impracticable o inconveniente, en razón de la peligrosidad del agente y de sus desavenencias con los demás presos, es deber poner de relieve la preponderancia del interés social de la seguridad y de la propia eficacia de la segregación individual. La precariedad de condiciones de la cárcel en que se halla recogido el preso y la distancia de su grupo familiar no justifican su retorno a la prisión de origen." *Apud* JULIOTTI, Pedro de Jesus *in Lei de Execução Penal Anotada*. São Paulo, Editora Verbatim, 2006, pág. 161.

Además de la apertura de plazas y las respectivas transferencias de presos, el sistema carcelario absorbió cerca de 400 detenidos que se encontraban en prisiones improvisadas en las dependencias policiales de varios municipios del Estado, quedando, todavía, cerca de 1.200 presos en Comisariás de Policía, situación intolerable que hasta febrero de 2013 permanecía en todo el país, en que pese a la política nacional de erradicar los presos en comisariás de policía tener empezado en 2010 por iniciativa del Consejo Nacional de Justicia – CNJ y del Ministerio de la Justicia – MJ. El Estado de Maranhão era, en 2010, el tercer Estado brasileño con más presos en comisariás de policía en el ranking nacional presentado por el CNJ. ⁷²⁴

⁷²⁴ En febrero de 2010, interpretando las directrices del Consejo Nacional de Justicia – CNJ para todos los Estado brasileños, el juez auxiliar de la presidencia, ERIVALDO RIBEIRO, afirmó que “los encarcelamientos en comisariás de policía no son apropiados para la custodia de presos, pues no hay el debido control respecto a la preservación de los derechos fundamentales de los presos. Hay sobrepoblación y constantes fugas en comisariás, donde hay también registros de tortura por absoluta ausencia de estructura adecuada a la manutención del encarcelamiento.” El citó como ejemplo el Estado de Paraná, “donde de los 37,4 mil presos del Estado, 15,2 mil están en celdas de comisariás, lo que corresponde a 41% del total. No en tanto, el Estado de Bahia lidera el ranking y el Estado tiene, en proporciones, el mayor número de presos en comisariás: de los 14,2 mil presos, 6 mil están en comisariás, lo que corresponde a 42% del total. El tercer Estado donde es más grande la cantidad de presos en comisariás es el Maranhão, cuyo porcentual es de 34% para una población carcelaria de 5,2 mil presos. De ese total, 1,7 mil* están en comisariás.” – Agencia CNJ de noticias, 2010, www.cnj.jus.br. (* En diciembre de 2012 ese total ha caído hacia 1,2 mil presos).

Al mismo tiempo que se realizaron esas inauguraciones, todos los demás establecimientos penales de responsabilidad administrativa de la SEJAP estaban llevando a cabo pequeñas, medianas y grandes reformas, es decir, mejoras estructurales que pretendían luchar principalmente contra la insalubridad del ambiente de trabajo de los funcionarios de prisiones y de las áreas de custodia.

También hay que destacar la modernización de la metodología de injerencia en las instituciones penales. El Sistema de Gestión Penitenciaria – SGP, así como la Central de Información e Inteligencia Penitenciaria – CIIP, garantizan la celeridad necesaria en el acceso a la información de los presos al mismo tiempo que controla durante las 24 horas en vivo todas las áreas estratégicas de las unidades penitenciarias mediante cámaras de video operadas desde dentro de la sede de la SEJAP. Estas herramientas operativas colocan al Estado de Maranhão por delante de otros estados en lo que respecta a la modernización de la gestión.

El Fondo Penitenciario Regional, con su enfoque estratégico y de cumplimiento de su Ley de creación, ha hecho posible el desarrollo de acciones esenciales para el mantenimiento y desarrollo del área finalística. Ciertos grupos seleccionados de presos y presas recibieron el 75% del salario mínimo, según establece la LEP, por los trabajos de limpieza y conservación de las instituciones penales. Esta actuación permite reforzar el proceso de resocialización al mismo tiempo

que ahorra dinero al tesoro público, ya que evita contratar a empresas que evidentemente cobrarían más por prestar esos servicios. Asimismo, otras necesidades relacionadas con el día a día de las instituciones penales han sido atendidas a través del FUNPEN, tales como el material de consumo de los presos, la materia prima para actividades pedagógicas, el pago de prestaciones de servicios específicos, el combustible de vehículos en casos especiales, etc.

Queda constancia de que todas las acciones descritas anteriormente se han llevado a cabo mediante recursos presupuestarios y financieros del Gobierno del Estado de Maranhão. Aun así, el Estado, por ejemplo, tiene una capacidad inferior de plazas en las cárceles en torno de 1.981 – , contándose con los que están cumpliendo pena en comisaría de policía (1.200). Y eso es seguramente un dato que dificulta la política de derechos sociales en las cárceles.

3.4.2.2. La función social del Fondo Penitenciario de Maranhão

Creado oficialmente el día seis de diciembre de 1983, mediante la Ley nº 4.540, el Fondo Penitenciario Regional de Maranhão – FUNPEN surgió con el fin de proporcionar recursos, de carácter supletorio, en aras del desarrollo de las

actividades técnicas, pedagógicas y científicas de las instituciones penales del Estado de Maranhão.⁷²⁵

Con la propuesta concreta para llevar a cabo el proceso de resocialización de presos y presas, la SEJAP busca en el FUNPEN una oportunidad real de dar celeridad a los programas que puedan ayudar a los internos de las unidades penitenciarias a la reintegración social gradual de los mismos.

En este sentido, la Secretaría de Estado de Justicia y de Administración Penitenciaria involucrará a todo el conglomerado carcelario en el proceso evolutivo de la preservación de la dignidad del ser humano dentro y fuera de las unidades penitenciarias, contribuyendo de esta forma a la protección de la sociedad con hombres y mujeres comprometidos con el aprovechamiento de las oportunidades venideras de las comunidades extramuros.

Para el director del Fondo, BRUNO MONDEGO POLARY, su objetivo es centrar sus esfuerzos en rellenar las lagunas negativas heredadas en el tiempo y que, desgraciadamente, todavía asolan el sistema penitenciario del Estado, “pero que

⁷²⁵ Legislación pertinente del Fondo Penitenciario Regional – FUNPEN: Ley nº 4.540 de 6 de diciembre de 1983 que dispone la creación del Fondo Penitenciario Regional – FUNPEN y otras provisiones; Decreto nº 9.533 de 13 de febrero de 1984 que regula la Ley nº 4.540 de 6 de diciembre de 1983, que creó el Fondo Penitenciario Regional – FUNPEN y recogió otras provisiones; Ley nº 5.408 de 24 de abril de 1992 que dispone sobre la modificación de la Ley nº 4.540 de 6 de diciembre de 1983, que trata sobre la creación del Fondo Penitenciario Regional – FUNPEN y que recoge otras provisiones.

con una gestión participativa y descentralizadora serán superadas con eficacia y transparencia.”

Así, compete al Fondo desarrollar las siguientes actividades:

- I) promover entre los presos de las instituciones penales la laborterapia mediante actividades de aprendizaje de oficios y de trabajo industrial, de horticultura, agrícola, pecuario, de cría de cerdos y artesanal;
- II) promover cursos de formación profesional para los presos y adquirir material didáctico con el fin de estimular nuevas prácticas de enseñanza en las instituciones penales;
- III) ofrecer medios para la instalación, ampliación y mantenimiento de talleres, así como para la compra y arreglo de maquinaria, herramientas, equipos y materia prima necesarios para llevar a cabo las actividades de aprendizaje de oficios y de trabajo;
- IV) ofrecer cursos de entrenamiento y perfeccionamiento para el personal técnico-administrativo del sistema penitenciario;
- V) promover el estudio y la investigación en el campo de la marginalidad y de la criminalidad, pudiendo firmarse un convenio con entidades especializadas;
- VI) costear gravámenes mediante la recuperación y atención al preso, a sus familiares y a los de la víctima;
- VII) promover la ayuda al recluso que está dentro y al ex convicto;
- VIII) facilitar una rápida atención de otras necesidades correlacionadas o complementarias de las instituciones penales;
- IX) recibir y comercializar la producción

artesanal y otras de los internos conforme al artículo 23 del Reglamento Penitenciario de 3 de marzo de 1983.

A pesar de que el Fondo Penitenciario Regional – FUNPEN tiene nueve objetivos (programas) específicos a los que se destinan los recursos (Decreto n° 9.533 de 13 de febrero de 1984), el equipo gestor llevó a cabo efectivamente las siguientes actividades:

La gestión pública es, socialmente, un factor primordial para lograr un desarrollo, de forma duradera. Considerando la situación de pobreza de los reclusos en las cárceles del Estado, no podemos pensar en resocializar a las personas sin ofrecer una ayuda y un apoyo efectivos. Por lo tanto, el Fondo Penitenciario Regional, dentro de sus limitaciones y posibilidades, ha venido reforzándose y afianzándose a fin de cumplir y hacer cumplir su ley de creación, contemplando los objetivos y dando oportunidades a los reclusos y a los funcionarios de tener un día a día menos tenso y cambiante.

En realidad, un gran porcentual de los detenidos va a tener por primera vez acceso a los bienes básicos como atendimento dental, de salud y educacional en la cárcel.

Tabla 12. PRINCIPALES ACCIONES DEL FUNPEN*

Nº	PROGRAMA	ACTIVIDADES REALIZADAS
01	Laborterapia. Pago de la prestación de servicios a presos en centros penitenciarios y unidades administrativas del Estado	<p>Esta ha sido una de las principales actividades realizadas por la gestión del Fondo Penitenciario Regional junto con la SEJAP durante el año 2011/2012</p> <p>Aproximadamente unos 220 presos reciben una "beca de ayuda" por prestar servicios generales en centros penitenciarios y en unidades administrativas del Estado. Esta acción se desarrolló con la efectiva fiscalización de los directores de las UP's (Unidades Penitenciarias de Resocialización) y de los gestores de los organismos competentes.</p> <p>Se entendió que era necesario llevar a cabo una reorganización de los procedimientos de esta acción, y así se hizo. Con reglas más claras y objetivas, la gestión regularizó el pago a los presos, garantizándoles así la credibilidad de la SEJAP. Se ha pagado a los beneficiarios todos los meses del año 2011/2012.</p>
02	Actividades pedagógicas. Elaboración de juegos educativos para el desarrollo de actividades pedagógicas con presos en los centros penitenciarios	<p>A través de una Secretaría Adjunta de Justicia centrada en el proceso de resocialización y de atención a los presos, el Fondo Penitenciario firmó un acto de colaboración para elaborar tableros de damas que permitan el desarrollo cognitivo y lúdico de las UP's.</p> <p>Los veinte tableros elaborados se repartieron en veinte centros penitenciarios diferentes, quedando a cargo de su gestión la Coordinación de laborterapia, conectada a la mencionada Secretaría Adjunta.</p>
03	Necesidades correlacionadas. Prestación de servicios por persona jurídica	<p>Una institución penitenciaria puede ofrecer diversas situaciones en el día a día, entre las que se pueden destacar las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Ayuda funeral para los familiares de una víctima fallecida dentro de la UP; b) Elaboración de camisetas y gorras para el programa de resocialización; c) Elaboración de folletos educativos a fin de ofrecer información sobre temas relacionados con el ambiente carcelario.
04	Atención al preso. Exconvictos del sistema penitenciario	<p>Los directores de los centros penitenciarios reciben todos los días órdenes judiciales que ponen en libertad a los reclusos del sistema penitenciario. En este momento es necesario disponer de recursos básicos para que el preso pueda regresar a la sociedad, por ejemplo el transporte a su lugar de residencia o cualquier otra ayuda que pueda requerir en ese momento. En este sentido el FUNPEN ha dado apoyo directo eficaz a estos casos.</p>

*FUNPEN: FONDO PENITENCIARIO REGIONAL.

3.5. La efectividad de los derechos sociales en las cárceles del Estado de Maranhão.

“La resocialización se incorpora como finalidad, claramente vinculada al carácter social del Estado social, en muchas de las nuevas Constituciones, entre ellas la española. Pero, no deben olvidarse los condicionamientos de esta resocialización, de un lado, la necesidad de poner límite a los contenidos del tratamiento, pasarle por el filtro de la dignidad y de los derechos de los que también son titular, el ciudadano que ha delinquido.”

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre⁷²⁶

La política penitenciaria que antes notaba el condenado como un individuo pasivo de tratamiento ha cambiado esa visión, como ya lo vimos, para dar paso a los derechos sociales mínimos.⁷²⁷ Pocos países en el mundo, todavía, utilizan el “principio de la normalización” como los países del norte europeo en especial Dinamarca y Groenlandia. Este “principio de la normalización” persigue la reintegración de los presos proporcionándoles las condiciones más próximas posibles de la vida fuera de la prisión. Para nosotros este “principio de la normalización” aún es una utopía. No obstante, los trabajos de

⁷²⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y Nuevo Derecho Penal*. Madrid, Iustel, 2012, pág.98

⁷²⁷ El art. 25.2 de la Constitución Española establece: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se ven expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad».

reinserción social y las asistencias determinadas por la Ley 7.210, de 11 de julio de 1984, también conocida en Brasil como “Ley de Ejecución Penal – LEP”, son imprescindibles para el buen funcionamiento del sistema, pero esa reinserción solo será alcanzada plenamente en un ambiente carcelario en el que no haya hacinamiento. Sin duda, un enorme desafío.

La legislación sobre ejecución penal en Brasil observa las líneas maestras de los principales documentos internacionales respecto a la materia, como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14.12.1990, la Resolución nº 45/110, que aprobó las Reglas Mínimas para la Elaboración de Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio), y la convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica), de 1969. El Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria ha fijado, con base en todas esas normativas internacionales, las reglas mínimas para el Tratamiento de Presos en Brasil por medio de la Resolución nº 14 de 11.11.1994. Su aplicación, sin embargo, suele estar disconforme con buena parte de los institutos en ella existentes y pone al país como blanco de denuncias reiteradas de violación de derechos humanos. Su problema, ya se ha visto, es de eficacia social, o mejor dicho, de efectividad, pues más allá del reconocimiento es necesaria la efectiva protección.⁷²⁸

⁷²⁸ NORBERTO BOBBIO ya advertía en el prólogo del libro “Derecho y razón”, de LUIGI FERRAJOLI, que “el sistema de garantismo – que no puede encontrar en sí mismo su propia garantía – exige la intervención activa por parte de los individuos y de los grupos

BARATTA ⁷²⁹ recuerda que la reforma de los sistemas penitenciarios a la que asistimos en la mitad de los años 70 – incluyendo la reforma italiana y de la alemana occidental – “sucedió bajo el signo de la resocialización o del “tratamiento” reeducativo y resocializador como finalidad de la pena” pero la confianza de los expertos en la posibilidad de usar la cárcel como lugar y medio de resocialización “se ha perdido casi del todo”. Es que investigaciones empíricas han identificado las dificultades estructurales y los escasos resultados que la institución carcelaria presenta respecto a dicho objetivo. Pero no solo. También las transformaciones ocurridas en esas mismas instituciones y en la propia sociedad en los años siguientes a la reforma – fue determinante para desembocar en un movimiento que llevó el nombre de “contrarreformas”. Muchos sectores entendieron con eso que hubo una renuncia explícita a objetivos de resocialización. Todavía más de lo que una renuncia: la reafirmación de la función que la cárcel siempre ha ejercido, o sea, “la de depósito de individuos aislados del resto de la sociedad y por esto neutralizado en su capacidad de “hacerle daño” a ella.” BARATTA afirma que se ha asistido en muchos países, y sobre todo en los Estados

en la defensa de los derechos que aun cuando se encuentren normativamente declarados no siempre están efectivamente protegidos.” – Madrid, Editorial Trotta, 10ª edición, 2011.

⁷²⁹ BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social. Por un concepto crítico de reintegración social del condenado*. Ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”, organizado por Comisión Andina de Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de septiembre de 1990, in www.inau.gub.uy/biblio/pmb/opac_css/index .

Unidos, a un “desplazamiento del discurso oficial sobre la cárcel de la prevención especial positiva (resocialización) hacia la prevención especial negativa (neutralización, incapacitación). Sin embargo, algunas reformas recientes, como la ley penitenciaria italiana de 1987 y la brasileña de 1984, demuestran que la teoría del tratamiento y de la resocialización no ha sido del todo abandonada. En efecto, la resocialización intenta conseguir la dignidad, rescatar la autoestima del preso, traer consejos y condiciones para una reflexión personal. Por tanto, los proyectos han de llevar beneficios profesionales entre otros incentivos para que – esto es lo deseable –, los derechos sociales básicos puedan ser desarrollados y respetados. En la opinión de juristas como NERY JUNIOR,⁷³⁰

“En cuanto sea posible incumbe al Estado adoptar medidas preparatorias al retorno del condenado a la convivencia social. Los valores humanos fulminan los enfoques segregacionistas. El orden jurídico en vigencia consagra el derecho del preso a ser transferido a los sitios en que posea raíces, buscando la indispensable asistencia por sus familiares.”

Así, las penas de prisión deben determinar nueva finalidad, no basta solamente castigar al individuo, pero si dar a los encarcelados condiciones para que ellos puedan ser

⁷³⁰ NERY JUNIOR, Nelson y ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 164

reintegrados a la sociedad de manera efectiva. Las acciones que buscan traer la idea de resocialización de penados intentan reducir los niveles de reincidencia ayudando en la consecuente recuperación social del interno por medio de medidas que auxilien en su educación, en su capacitación profesional y en la búsqueda de la concientización psicológica y social.

Vamos a ver ahora, de manera muy directa, las acciones de la Secretaria de Justicia y de la Administración Penitenciaria de Maranhão en su esfuerzo para modificar la caótica situación existente hasta finales de 2010 y de intentar crear las condiciones para que los presos obtengan mejores medios de reinserción social, es decir, llevar derechos sociales mínimos a las cárceles, sin olvidar la advertencia de BOBBIO para quién no se debe incurrir en los vicios opuestos “de la teoría sin controles empíricos y de la práctica sin principios”.

731

⁷³¹ BOBBIO, Norberto, *in* el prólogo del libro de FERRAJOLI *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. Madrid, Editorial Trotta, 2011, 10ª edición



Ver referencias: ⁷³²

En este complejo penitenciario están 8 de los 24 centros que dispone el Estado actualmente. El complejo está cortado por la carretera de acceso a la capital del Estado y al fondo por el ferrocarril que hace el transporte de la explotación minera de la sierra de Carajás.

La Secretaría de Justicia y de Administración penitenciaria del Maranhão fue desmembrada de la Secretaría de Policía en enero de 2011, fecha en que empezó a estructurarse. Creada por el Decreto Estadual nº 27.239 de 19 de enero de 2011, y posteriormente confirmada por la Ley nº

⁷³² Presidio São Luís I **(1)**; Presidio São Luís II **(2)**; Central de Custodia de Presos de Justicia – CCPJ **(3)**; Casa de Detención Provisoria – CADET **(4)**; Penitenciaria de Pedrinhas **(5)**; Penitenciaria Femenina **(6)**; Centro de Clasificación “Triagem” **(7)**; Centro de Detención Provisoria - CDP **(8)**.

9.340, de 28 de febrero de 2011 – tiene por objetivo cumplir las decisiones judiciales de aplicación de la ley de ejecución penal, la organización, la administración, la coordinación y la fiscalización de las instituciones penales, el seguimiento y supervisión del cumplimiento de la progresión de penas, el examen y pronunciamiento sobre libertad condicional, indulto y conmutación de penas, objetivando en especial la resocialización de los condenados mediante programas, proyectos y acciones destinados a su capacitación profesional, a la atención a sus familias y a la inserción o reinserción social de los ex convictos del sistema penal.

Se expone a continuación la Relación de los 24 establecimientos penales del Estado (hasta 2010 habían solamente 16 centros penitenciarios):

**CAPÍTULO III: DERECHOS SOCIALES EN LAS CÁRCELES DE MARANHÃO:
REALIDAD Y UTOPIA**

Tabla 13. OCHO NUEVAS UNIDADES FUERAN AGREGADAS AL SISTEMA

Nº	ESTABLECIMIENTOS PENALES EN MARANHÃO ⁷³³	MUNICIPIO/UBICACIÓN
01	PENITENCIARIA DE PEDRINHAS	São Luís/Pedrinhas
02	CENTRO DE DETENÇÃO PROVISÓRIA – CDP	São Luís/Pedrinhas
03	CENTRO DE TRIAGEM DE PEDRINHAS	São Luís/Pedrinhas
04	CASA DE DETENÇÃO PROVISÓRIA – CADET	São Luís/Pedrinhas
05	PENITENCIARIA FEMININA DE PEDRINHAS	São Luís/Pedrinhas
06	PRESÍDIO SÃO LUÍS I – PSL I	São Luís/Pedrinhas
07	CENTRAL DE CUSTÓDIA DE PRESOS DE JUSTIÇA DE PEDRINHAS – CCPJ DE PEDRINHAS	São Luís/Pedrinhas
08	PRESÍDIO SÃO LUÍS II – PSL II	São Luís/Pedrinhas
09	UNIDADE PRISIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DO MONTE CASTELO – UPR DO MONTE CASTELO	São Luís/Monte Castelo
10	UNIDADE PRISIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DO OLHO D'ÁGUA – UPR DO OLHO D'ÁGUA	São Luís/Olho D'água
11	UNIDADE PRISIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DO CENTRO – UPR DO CENTRO	São Luís/Centro
12	CENTRAL DE CUSTÓDIA DE PRESOS DE JUSTIÇA DO ANIL – CCPJ ANIL	São Luís/Anil
13	UNIDADE PRISIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DE SANTA INÊS – UPR DE SANTA INÊS	Santa Inês
14	CDP DE CHAPADINHA	Chapadinha
15	UNIDADE PRISIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DE BACABAL – UPR DE BACABAL	Bacabal
16	UNIDADE PRISIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DE DAVINÓPOLIS – UPR DE DAVINOPOLIS	Davinópolis
17	CENTRO DE DETENÇÃO PROVISÓRIA DE AÇAILÂNDIA – CDP DE AÇAILÂNDIA	Açailândia
18	CENTRAL DE CUSTÓDIA DE PRESOS DE JUSTIÇA DE IMPERATRIZ – CCPJ IMPERATRIZ	Imperatriz
19	CASA DE RESSOCIALIZAÇÃO DE IMPERATRIZ	Imperatriz
20	UNIDADE PRISIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DE TIMON – UPR DE TIMON	Timon
21	UNIDADE PRISIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DE PAÇO DO LUMIAR – UPR DE PAÇO DO LUMIAR	Paço do Lumiar
22	CENTRAL DE CUSTÓDIA DE PRESOS DE JUSTIÇA DE CAXIAS – CCPJ CAXIAS	Caxias
23	CASA DO ALBERGADO DE ALBERGADO CAXIAS	Caxias
24	UNIDADE PRISIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DE PEDREIRAS – UPR DE PEDREIRAS	Pedreiras

⁷³³ Las Unidades Penitenciarias en sombreado fueron creadas entre 2001/2012. Las demás fueron reformadas y/o ampliadas.

La asistencia en las cárceles del Estado de Maranhão

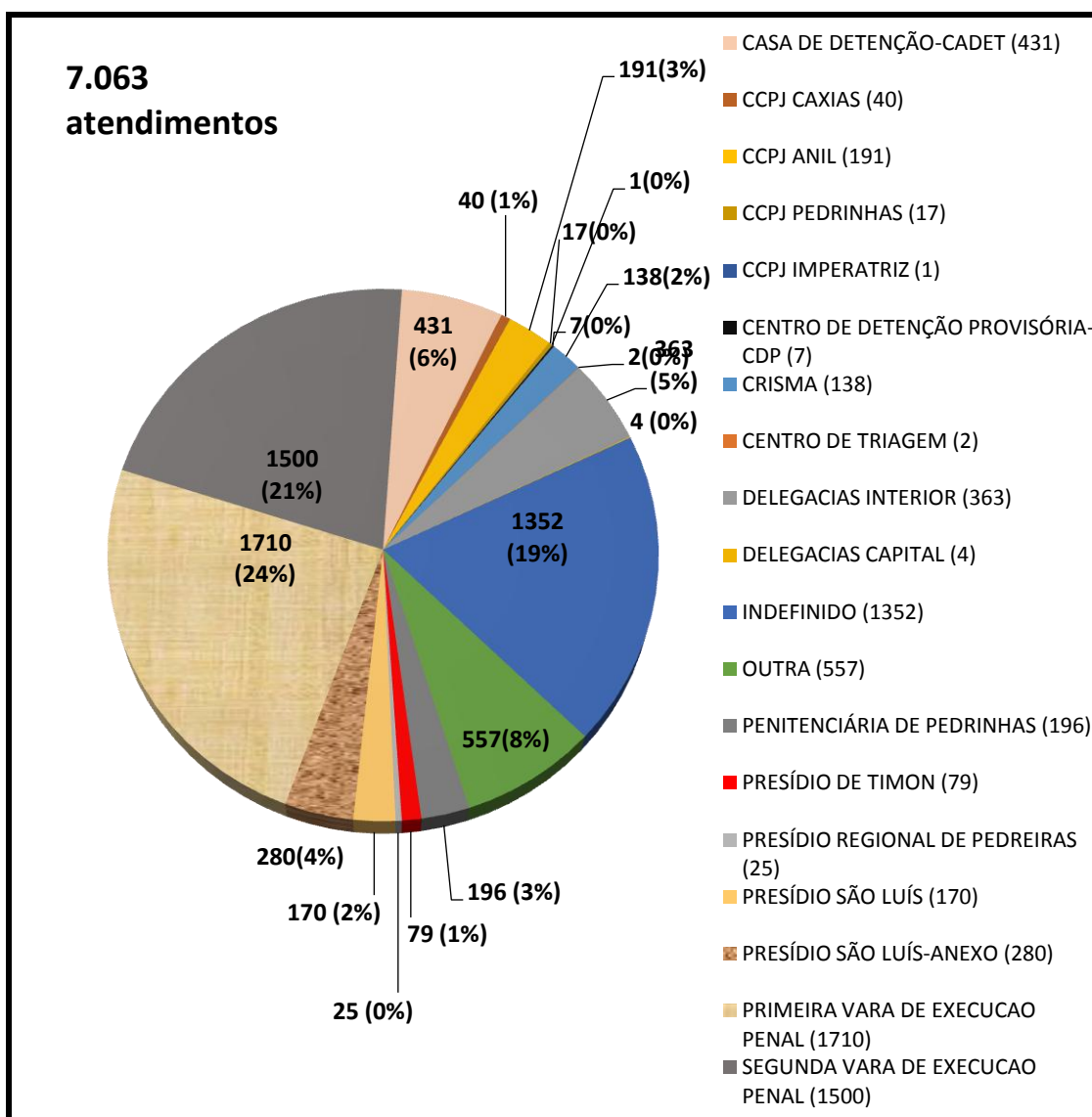
Coordinadores de Asistencia a los penados en el Maranhão:	POLÍTICAS DE REINSERCIÓN SOCIAL Maranhão, Brasil.
Asistencia Psicológica	
Asistencia Jurídica	
Asistencia a la Salud	
Asistencia Social	
Asistencia a los egresos y familiares	
Asistencia a la Educación	
Asistencia a la Profesionalización, Trabajo y Renta	
Asistencia la Laboraterapia	

La asistencia a los penados tiene ocho ejes principales donde se concentran los profesionales de cada área. En 2012 fue concluida la instalación del centro de salud y de la Biblioteca Central en el “Complejo Penitenciario de Pedrinhas”.

ASISTENCIA PSICOLÓGICA		
ACCIONES DE ATENCIÓN		PENADOS ATENDIDOS
01	INDIVIDUALES-ESCUCHA-ORIENTACIONES	578
02	GRUPALES-DINÁMICAS-GRUPALES	782
03	EVALUACIONES-CONCESIÓN DE BENEFICIOS	347
04	EVALUACIONES PARA TRABAJOS INTERNOS Y EXTERNOS	871
05	ANAMNESIS PSICOLÓGICA	972
06	APOYO A LAS DEMANDAS SOCIALES, SALUD, JURÍDICO, EDUCACIONAL Y LABORAL	647
07	PARECER TÉCNICO Y ENCAMINAMIENTO INTERDISCIPLINAR	234
TOTAL		4.431
Período: Enero/2011 a Marzo/2012		

Los trabajos de asistencia psicológica incluyen dinámicas de grupo, evaluaciones para fines diversos. Fueron **4.431** asistencias en 15 meses de trabajo.

ASISTENCIAS EFECTIVADAS POR LA DEFENSORÍA PÚBLICA EN 2012⁷³⁴



La importancia de la asistencia jurídica para aplacar las tensiones del sistema penitenciario es indudable. EDUARDO DE CARVALHO ZACARIAS⁷³⁵ pondera que

“ningún preso se conforma con el hecho de estar preso e incluso cuando conformado esté, ansía su libertad. Por

⁷³⁴ Fuente: DPE e SEJAP.

⁷³⁵ EDUARDO DE CARVALHO ZACARIAS, André. *Execução Penal Comentada*. São Paulo, Tend Ler, 2006, 2 edición, pág. 56.

ello, la falta de perspectiva de libertad o la sofocante sensación de indefinida duración de la pena son motivos de inquietud, de intranquilidad, que siempre se reflejan, de algún modo en la disciplina (...). Para ello, debe el Estado – teniendo en cuenta que la mayor parte de la población carcelaria no dispone de medios para contratar abogados – propiciar la defensa de los presos”.

De esa manera, el simple hecho de estar sometido a un proceso penal y acusado formalmente de la práctica de un delito – lo cual es para el individuo una marca profunda, producida tan solo por el contacto con el sistema. La defensa del recluso es necesaria por sus aspectos jurídicos y sociológicos, más allá de ser una importante herramienta de los proyectos resocializadores.




La asistencia jurídica gratuita es realizada por defensores del pueblo, que son abogados públicos, y las peticiones son dirigidas al Poder Judicial. Como hay una dilación demasiada en la apreciación de los pedidos de beneficios jurídicos el clima de tensión es permanente. Esta es la principal reivindicación de los presos.

La utilización y distribución gratuita de vestuario pasó a ser obligatoria a partir de 2012 en todos los centros. Como esto es una cuestión cultural – la implantación está siendo hecha de forma progresiva.

Asistencia dentro de las unidades

ASISTENCIA A LA SALUD		
ACCIONES REALIZADAS (INTRA-MUROS)		PENADOS ATENDIDOS
01	ATENCIÓN DE ENFERMERÍA	13.110
02	CONSULTAS MÉDICAS	919
03	INMUNIZACIÓN	6.556
ENFERMEDADES		PENADOS EN TRATAMIENTO
01	TUBERCULOSIS	16
02	HANSENÍASE	03
03	HIPERTENSIÓN ARTERIAL	44
04	DIABETES MELLITUS	15
05	VIH/SIDA	08
06	PSIQUIÁTRICAS	83
07	LUPUS	01
TOTAL DE ACCIONES (INTRA-MUROS)		20.755
Período de realización de la atención: Octubre/2011 a Marzo/2012		




Asistencia realizada en 6 meses, desde octubre/2011. Obsérvese el número pronunciado de atención de enfermería.



El tratamiento dental con entrega de medicamentos pasó a formar parte de la rutina del sistema.

Asistencia en la red pública de salud de São Luís

ASISTENCIA A LA SALUD		
ACCIONES REALIZADAS (EXTRA-MUROS)		PENADOS ATENDIDOS
01	EXÁMENES GENERALES	1.027
02	EMERGENCIAS	88
03	EXTRACCIÓN DENTAL	117
ENFERMEDADES		PENADOS EN TRATAMIENTO
01	ORTOPÉDICA	40
02	DST'S	22
03	PROCTOCOLÓGICA	14
04	CARDIOLÓGICA	07
05	HEMATOLÓGICA	01
06	GÁSTRICA	10
07	GINECOLÓGICA	40
08	REUMATOLÓGICA	03
TOTAL DE ACCIONES (INTRA-MUROS)		1.369



Actividades en el presidio de mujeres y en la Penitenciaria São Luís I.



(1) Actividades de resocialización en el presidio de mujeres. El concurso de miss es una de las acciones recreativas, juntamente con el canto coral femenino.

(2) La documentación laboral es proporcionada a los internos que la necesitan. En 2012, fueron emitidos 485 documentos entre tarjetas de identidad, carta laboral, tarjeta de contribuyente y certificados de reservista militar. Pero la necesidad es continua y la demanda es todavía mayor. Varios órganos públicos dieron apoyo a esa iniciativa (3) El canto coral para los hombres también está incentivado.

ASISTENCIA A LOS EGRESOS Y FAMILIARES		
ACTIVIDADES DESARROLLADAS		PENADOS ATENDIDOS
01	CURSOS DE CAPACITACIÓN PARA EGRESOS Y FAMILIARES	71
02	ENCAMINAMIENTO TRABAJO EXTERNO	798
03	VISITAS A LOS FAMILIARES	52
TOTAL		921
Período de realización de las atenciones: Septiembre/2011 a Marzo/2012		



Trabajos de asistencia social con especial atención a los familiares. La distensión del ambiente en las prisiones se consigue en gran medida con la asistencia a los familiares. También hay actividades internas y visitas en domicilio.

ASISTENCIA A LA EDUCACIÓN		
ATENCIONES		CUANTITATIVO
01	ENSEÑANZA FUNDAMENTAL	525
02	CURSOS PROFESIONALES	329
03	CURSOS PREPARATORIOS ENEM/2012	20
04	EXÁMEN NACIONAL DE ENSEÑANZA BÁSICA ENEM/2011	36
TOTAL		910



La asistencia educacional es importante, también, para la remisión de la pena: para cada 12 horas de estudio formal un día redimido. El Plan Estadual de Educación en las Prisiones

del Maranhão tiene inicio en 2013. La redención de la pena por el estudio se aprobó y sancionó mediante la Ley n° 12.433, de 29 de junio de 2011, que “modifica la Ley n° 7.210, de 11 de julio de 1984 (Ley de ejecución penal) a fin de disponer sobre la redención de parte del tiempo de ejecución de la pena por el estudio o por el trabajo”. La aprobación de ese proyecto de ley logró unificar una serie de propuestas legislativas que estaban en marcha en el Congreso Nacional desde el año 1993.

ASISTENCIA A LA PROFESIONALIZACIÓN, AL TRABAJO Y A LA RENTA		
ASIGNATURAS DE CAPACITACIÓN PROFESIONAL	INSTITUCIÓN CERTIFICADORA	PENADOS CAPACITADOS
01 Seguridad en el Trabajo, Electrónica, Electro-Electrónica de Manutención, Telecomunicaciones e instalaciones eléctricas	Instituto Federal de Maranhão – IFMA (Programa MARANHÃO PROFESIONAL)	242
02 Aplicación de Forro en PVC- Empresa Estructural.	Empresa ESTRUCTURAL	11
03 Auxiliar Administrativo	SENAI	25
04 Auxiliar de albañil y Albañil	Empresa LUA NOVA	68
05 Confecciones de Mallas (camisas y afines)	Empresa República das Malhas	15
06 Auxiliar Técnico de Lavandería	Empresa LAVATEC	18
TOTAL		379

CEREMONIA DE ENTREGA DE CERTIFICADOS	
	
<p><i>Clase de apenados del programa “MARANHÃO PROFISSIONAL”</i></p>	

**CAPÍTULO III: DERECHOS SOCIALES EN LAS CÁRCELES DE MARANHÃO:
REALIDAD Y UTOPIA**

Hombres y mujeres que participaron en la formación profesional en 2012. Son convenios con empresas privadas e instituciones públicas. Los cursos profesionales son financiados por el Instituto Federal del Maranhão.



**LOS PENADOS CAPACITADOS FORAM
TODOS CONTRATADOS**

Los de capacetes amarillos son de los penados en trabajo de albañil.

ASISTENCIA A LA LABORATERAPIA	
ATENCIONES	CUANTITATIVO
Individuales (a través de la aplicación de instrumentales y escucha)	579
Atenciones grupales (a través de dinámicas corales, reflexiones y charlas)	756
Oficinas Terapéuticas (Musicoterapia, Teatro, Artesanía, Jardinería, Gastronomía, Serigrafía, Sastrería, Pintura)	697
Evaluaciones terapéuticas ocupacionales para el desarrollo de aptitudes ante trabajos externos.	470
TOTAL	2.502



Los números relacionados a la asistencia de laborterapia muestran el interés de los internos por hacer alguna actividad. Trabajos de artesanía, hortalizas y culinaria en los centros penitenciarios de la ciudad de Pedreiras y São Luís.

3.5.1. La reducción, en dos años, de la tasa de encarcelamiento

Cuando se creó SEJAP, en enero de 2011, cada Centro Penitenciario establecía y utilizaba herramientas distintas para ayudar a ejecutar los procesos que, en la mayoría de los casos, eran manuales. En gran parte de las unidades se usaban programas de oficina (procesadores de texto y hojas de cálculo) que generaban inseguridad, ya que en el caso de que surgiera cualquier problema en los puestos de trabajo podría perderse toda la información. Este panorama implicaba también la imposibilidad de llevar a cabo la supervisión y el control efectivo de los procesos y de los procedimientos. Otro factor agravante era la falta de un punto centralizado al que poder enviar toda la información de los presos.

Inicialmente se realizó, con la ayuda de un equipo de expertos, el diagnóstico, modelado, análisis y diseño de todos los procesos operativos de las unidades penitenciarias y, posteriormente, se hizo un análisis de los mismos, dando como resultado el diseño de los procesos operativos estándar. Fue entonces cuando se desarrolló el Sistema de Gestión

Penitenciario (SGP), en periodo de cambio hacia el Sistema de Inteligencia e Información en Seguridad Penitenciaria (SIISP), que contempla los siguientes procesos: Proceso de control de acceso; Proceso de logística de la unidad penitenciaria; Proceso de atención jurídica; Proceso de seguimiento médico; Proceso de seguimiento psicológico; Proceso de atención psiquiátrica; Proceso de entrada de visitantes; Proceso de transferencia del preso; Proceso de digitalización de documentos de los presos.

Después de usar el Sistema de Gestión Penitenciaria (SGP) la facilidad de acceso a la información de los presos y la movilidad que proporciona el sistema al Órgano han generado seguridad y credibilidad en sus procesos y procedimientos. El SGP ha otorgado al sistema penitenciario marañense una mayor eficacia en el trato penal de los presos de las unidades penitenciarias, aportando velocidad, integridad e inteligencia a la gestión y al seguimiento de los presos en dichas unidades, haciendo posible que el sistema penitenciario sea un instrumento de resocialización. Se trata de una completa herramienta en lo que respecta al historial del preso, desde que entra hasta que sale, lo que permite incluso el seguimiento por parte de los entes públicos responsables de la ejecución de la condena.

Con la implementación de este proyecto la mejora en la realización de los procesos administrativos ha sido notable. Asimismo, esto garantiza que todas las unidades penitenciarias sigan los mismos criterios en la gestión de esos procesos,

haciendo más fácil que se consiga la información de manera integrada y confiable, además de proporcionar más seguridad en el almacenamiento de esa información.

El siguiente paso es la automatización de los procesos de mapeado del perfil de los presos de todo el Estado de Maranhão a fin de obtener datos estadísticos y administrativos en tiempo real, facilitando así la toma de decisiones que hace posible la resocialización y un mayor control de quienes están cumpliendo pena en régimen semiabierto. La forma de llevar esto a cabo es mediante un proyecto de vigilancia de presos, viable gracias a una tecnología de localización por satélite: el Sistema de Vigilancia de Dispositivos Móviles (SMDM). El sistema de rastreo funciona con el uso de hardware específico en forma de pulseras, móviles y otro tipo de dispositivos con GPS y comunicación de datos a través de la red.

Características concretas tiene también la gerencia mediante sistemas a través de la web (*webservice*), que permite la vigilancia minuciosa de los dispositivos en tiempo real, la exhibición de alertas según el perímetro delimitado para el usuario y la disponibilidad del historial de la vigilancia. Esta herramienta proporciona un completo apoyo respecto a la seguridad y puede ayudar con el problema de la sobrepoblación penitenciaria mediante la resocialización del preso, ofreciéndole a éste la oportunidad de que se mantenga activo, trabajando, prestando un servicio a la comunidad o, incluso, manteniendo la convivencia familiar.

El Sistema de Gestión Penitenciaria – SGP desarrollado para la SEJAP permite el seguimiento del preso desde el primer momento en que ingresa en cualquier unidad penitenciaria, así como monitorizar su conducta diaria en la cárcel y visualizar la progresión del régimen hasta que se produzca su vuelta a la sociedad. Por esa razón todos los documentos relacionados con la investigación policial y con las decisiones judiciales se digitalizan y se adjuntan al perfil del preso, de tal manera que, además de incluir los datos familiares y su historial social, van acompañados de fotografías del detenido tomadas desde varios ángulos. Los jueces, los abogados de oficio y los promotores han usado esta herramienta que la SEJAP pone a su disposición mediante una acreditación especial.

Gracias al SGP el Consejo Nacional ha sido capaz, por ejemplo, de impulsar las acciones legales en curso con más efectividad, así como exigir beneficios legales para los presos, poco a poco, en el desarrollo de la vida carcelaria. El cuerpo técnico de la SEJAP también saca partido de este instrumento electrónico al verificar, por ejemplo, situaciones procesales que antes eran prácticamente imposibles de detectar, en el límite pertinente, debido a la dificultad de manejo y de localización de los procesos repartidos por las más variadas comarcas del Estado.

Esta herramienta ha sido, por lo tanto, muy importante para promover un amplio y pormenorizado mapeado del ambiente carcelario, hecho que, junto con otras acciones, ha

hecho posible reducir de manera significativa el índice de encarcelamiento en el Estado en poco más de un año desde que se empezó a utilizar: cerca del 26,5%. Ese sistema, por ser extremadamente dinámico y consultivo, se somete continuamente a un proceso de perfeccionamiento por parte de los técnicos que se encargan de su operatividad, a fin de que responda a las situaciones nuevas que van surgiendo a lo largo de su utilización.

3.5.2. La reducción, en dos años, de los índices de asesinatos, fugas y rebeliones en las cárceles de Maranhão.

Según el informe de la Secretaría de Estado de Justicia y de Administración Penitenciaria (SEJAP) el número de homicidios en las penitenciarías del estado se han venido reduciendo considerablemente en los últimos dos años. Las estadísticas muestran que entre el año 2010 y el 2012 los homicidios dentro de las unidades penitenciarias se redujeron en un 87,87%.

Según el secretario adjunto de las instituciones penales, JOÃO BISPO SEREJO, la reducción del número de homicidios es el reflejo de las medidas preventivas que se están llevando a cabo por parte de ese órgano. “Las continuas revisiones de las celdas, no permitir que los internos circulen sin ir acompañados por agentes y, principalmente, la separación de los grupos rivales dentro de las unidades penitenciarias han

evitado muchos trastornos, incluyendo la disminución del número de homicidios”, explicó el secretario.

Otro factor que el secretario adjunto considera relevante en la disminución de homicidios es el uso del sistema de videovigilancia que se instaló hace poco más de un año en las unidades de la capital. Las cámaras detectan las actividades sospechosas y reprimen las acciones en las prisiones. “Es una herramienta que ha contribuido de manera positiva a la seguridad de las unidades”, resaltó.

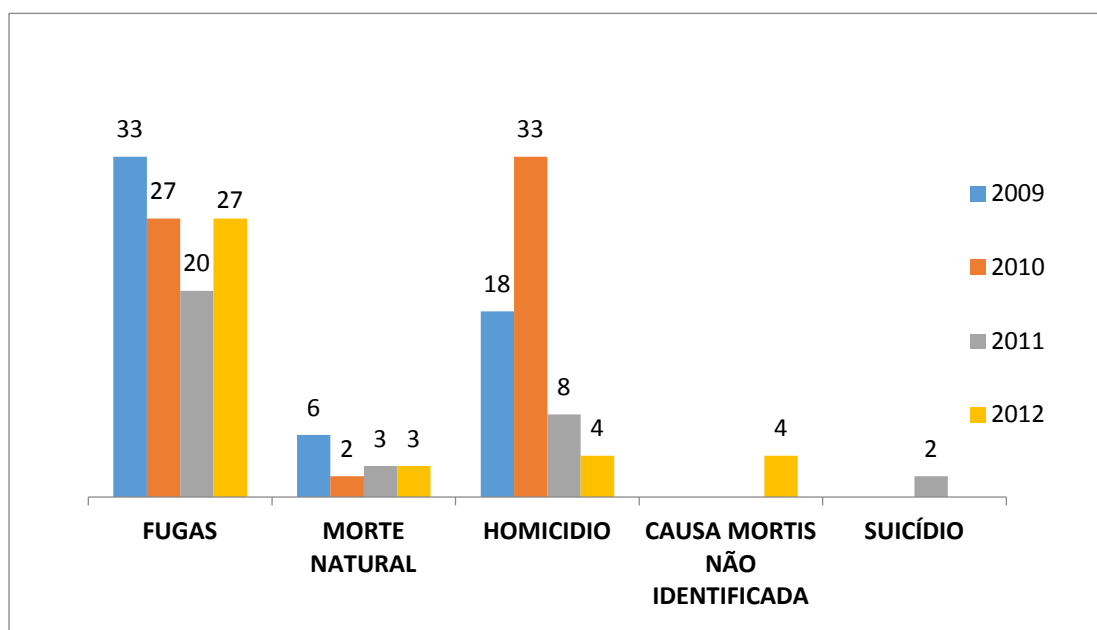


Hay un total de 110 cámaras, 94 de ellas instaladas en todas las unidades que componen el Complejo penitenciario de Pedrinhas, 8 en el Centro de custodia de presos de justicia - CCPJ de Anil y 8 en la Unidad penitenciaria de resocialización - UPR de Olho d'Água. La central de videovigilancia está localizada en la sede de la SEJAP y cada unidad dispone de un puesto de comunicación en tiempo real.

Por su parte, las acciones de resocialización que se han venido desarrollando son fundamentales en el descenso de esos números. “Hemos logrado transformar esa realidad dentro de las unidades ofreciéndoles a los presos una forma de recomenzar y de integrarse en la sociedad una vez cumplida la condena” – garantizó el secretario adjunto.

TABLA 14. DATOS ESTADÍSTICOS SOBRE FUGAS Y HOMICIDIOS EN LOS ÚLTIMOS 4 AÑOS:

HISTORIAL	AÑO			
	2009	2010	2011	2012
FUGAS	33	27	20	27
MUERTE NATURAL	6	2	3	3
HOMICIDIO	18	33	8	4
CAUSA MORTIS NO IDENTIFICADA				4
SUICIDIO			2	



Considerando la población carcelaria pro medio en 2009 de 3.425 internos; la de 2010 de 3.939; la de 2011 de 3.867; y la de 2012 de 4.063 internos, constatamos que, comparando 2010 con 2012, a pesar de que el valor absoluto es el mismo, hubo una pequeña reducción en los índices de fugas, teniendo en cuenta que la población carcelaria de 2012 es mayor.

En lo que concierne a los homicidios, de 2009 a 2010 hubo una ampliación de 83,33%; de 2010 a 2011 ocurrió una reducción de 75,75%; y de 2011 a 2012 se produjo una reducción de 50,00%. Tomando los datos de 2010 y relacionándolos con los de 2012, encontramos una reducción de 87,87% en los índices de homicidios dentro de las cárceles del Estado de Maranhão.

3.6. El Plan Estadual de Educación en las prisiones de Maranhão

“Por más que la prisión sea incapaz de resocializar un individuo, hay un gran número de detenidos que deja el sistema penitenciario y abandona la delincuencia porque tuvo la oportunidad de estudiar.”

Fernando Afonso Salla *in As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo, Editora Annablume, 1999.

Por medio del Decreto n° 7.626, de 24 de noviembre de 2011, y para atender lo que dispone los arts. 17 A 21 y § 4o del art. 83 de la Ley n° 7.210, de 11 de julio de 1984 (Ley de Ejecución Penal), la Presidenta DILMA ROUSEFF y los

ministros FERNANDO HADDAD y JOSÉ EDUARDO CARDOSO, de la Educación y de la Justicia, respectivamente, instituyeron el “Plan Estratégico de Educación en el ámbito del Sistema Penitenciario - PEESP”, con la finalidad de “ampliar y calificar la oferta de educación en los establecimientos penales.”⁷³⁶

El Plan contempla la educación básica en la modalidad de educación de jóvenes y adultos, la educación profesional y tecnológica, y la educación superior.⁷³⁷ Entre las directrices del PEESP destacase: la promoción de la reintegración social de la persona en privación de libertad por medio de la educación; la integración de los órganos responsables por el ensino público con los órganos responsables por la ejecución penal; y, el fomento a la formulación de políticas de atendimento educacional a los niños que estén en establecimiento penal, en razón de la privación de libertad de su madre.⁷³⁸

⁷³⁶ Los ministerios de Educación y de Justicia, reconociendo la importancia de la educación para ese público, iniciaron en 2005 una propuesta de articulación nacional para implementación del Programa Nacional de Educación para el Sistema Penitenciario, formulando sus directrices nacionales. La referida propuesta, apoyada por la UNESCO, culminó en 2006 con el I Seminario Nacional de Educación para el Sistema Penitenciario y, en 2007, el II Seminario Nacional. El tema educación para jóvenes y adultos privados de libertad, en los últimos años, viene alcanzando internacionalmente gran relevancia.

⁷³⁷ Según datos del Departamento Penitenciario Nacional – DEPEN, gran parte de la población carcelaria en Brasil está compuesta por jóvenes menores de 30 años y con baja escolaridad – 97% son analfabetos o semianalfabetos.

⁷³⁸ En Brasil, el art.89 de la Ley de Ejecución Penal (Ley 7.210 de 11.7.1984), cuya redacción fue determinada por la Ley 11.942 de 28.5.2009, dispone que “... la penitenciaría de mujeres será dotada de sección para gestantes y parturientas y de nidos para albergar niños mayores de 6 (seis) meses y menores de 7 (siete) años, con la finalidad de asistir al niño desamparado cuya responsable estuviera presa.” Por esa misma Ley (art.83, § 2º) “Los establecimientos penales destinados a las mujeres serán dotados de cunas donde las condenadas puedan cuidar de sus hijos, inclusive amamantarlos, como mínimos, hasta los 6 (seis) meses de edad.”

Tras realizar un minucioso diagnóstico de las demandas de la educación en el ámbito de los establecimientos penales del Estado de Maranhão y definir las estrategias y metas para su implementación, técnicos de la Secretaria de Justicia y de Administración Penitenciaria –SEJAP y de la Secretaria de Educación del Estado –SEDUC, elaboraran el “Plan Estadual de Educación en las Prisiones del Estado – PEEP” ya aprobado por los ministerios de Educación y de Justicia para inicio en el año de 2013.

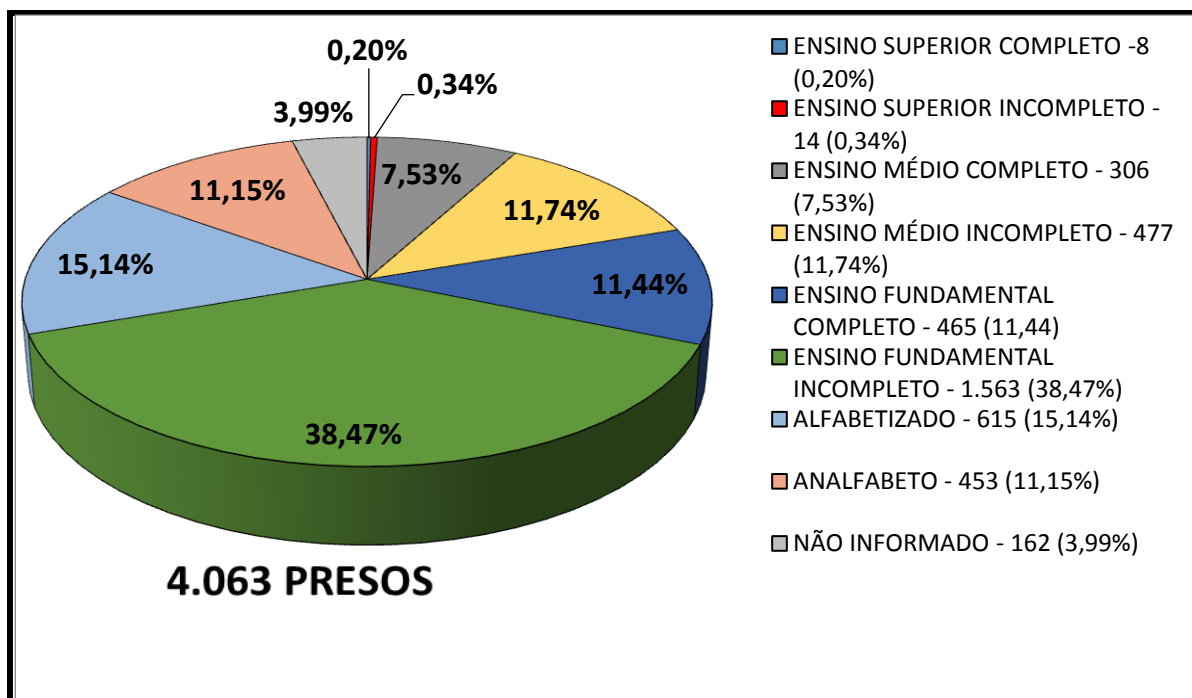
El objetivo es garantizar más de quinientas plazas de formación a los internos del sistema, que serán distribuidas en catorce unidades penitenciarias. Las plazas disponibles van desde la alfabetización hasta la 8ª serie, y serán abiertas, todavía, 60 plazas para la enseñanza superior en la modalidad de educación a distancia. Para dar soporte a la ejecución del PEEP del Estado de Maranhão, fue necesario construir 23 aulas, contratar 281 maestros, 24 pedagogos, 5 psicólogos y 11 bibliotecarios. Se hizo necesario, aún, la implantación de once espacios para la lectura, donde serán desarrollados proyectos de lectura que permitirán reducir la pena, conforme lo previsto en la Ley 7.210, de 11 de julio 1984 y en la Ley 12.433, de 29 de junio de 2011.⁷³⁹

Por otro lado, el sistema penitenciario carece de una educación que desarrolle y trabaje la capacidad crítica y el

⁷³⁹ Según el art. 126 de la Ley 12.433/2011, el condenado que cumple la pena en régimen cerrado o semi-abierto podrá reducir 1 día de la pena por cada 12 horas de actividad de estudio.

raciocinio del educando con el fin de concientizarlo y capacitarlo mejor a hacer nuevas elecciones que puedan afectar positivamente tanto al grupo social en que él vive como a sí mismo.⁷⁴⁰ En el Estado de Maranhão, 25,08% de los detenidos trabajan o estudian. El número, conforme datos del Departamento Penitenciario Nacional – DEPEN, es considerado positivo. En ese punto, el Estado está por delante de otros como Rio de Janeiro (10,56%), Paraíba (10,14%), Ceará (11,30%), Pará (12,33%) y Amazonas (15,12%). La situación de los que tienen algún tipo de instrucción educacional y de los que son analfabetos está reflejada en el cuadro siguiente:

GRADO DE INSTRUCCIÓN DE LOS RECLUSOS EN MARANHÃO



Datos actualizados hasta Jun/2012 por el DEPEN - Departamento Penitenciario Nacional.

⁷⁴⁰ Conf. DANIELA CHAMMAS, *in A educação no cárcere e a remição da pena por estudo*. Brasília, Revista Prática Jurídica, Ano X, nº 114, 30.9.2011, pág. 59.

El índice de instrucción de los penados con enseñanza básica completa e incompleta corresponde a 49,91% (2.028 reclusos) casi 50% de la población carcelaria del Sistema Penitenciario del Estado (4.063). Presos con curso superior completo e incompleto corresponden a 0,54% (22 penados), índice que no llega a 1% del total. De los 4.063 presos, 26,29% son alfabetizados de manera rudimentaria (conocen las letras y escriben su nombre) o analfabetos.

3.6.1. Nota preliminar (1) – de la acción conjunta de dos órganos regionales

El Plan Regional de Educación en las Prisiones se presentó en el año 2012 ante la Secretaría de Formación Continua, Alfabetización, Diversidad e Inclusión del Ministerio de Educación – MEC, y ante el Departamento Penitenciario Nacional – DEPEN, como parte de la propuesta para obtener apoyo financiero, con recursos del Plan de Acciones Articuladas y/o del Fondo Penitenciario Nacional, con el fin de ampliar y mejorar la oferta educativa en los centros penitenciarios durante los ejercicios de 2012, 2013 y 2014.⁷⁴¹

⁷⁴¹ Este Plan, que fue elaborado conjuntamente por los técnicos de la Secretaría Estadual de Educación –SEDUC, y los técnicos de la Secretaría de Justicia y Administración Penitenciaria –SEJAP, fue evaluado, aprobado y presentado también ante los órganos federales de la mano de los secretarios JOÃO BRINGEL y SERGIO TAMER, que firmaron el PEEP en 18 de octubre de 2012, en representación de las dos Secretarías, con el fin de llevar a cabo una acción conjunta en el ámbito carcelario del Estado de Maranhão.

Debido a la importancia y a lo novedoso de la aplicación de este Plan Estadual de Educación en las Prisiones – PEEP, que los técnicos de los dos órganos regionales ya han puesto en marcha aunque no se han recogido los resultados. Algunos de los puntos más sobresalientes de su elaboración son los a continuación destacados.

3.6.1.1. Nota preliminar (2) – metodología de la elaboración del Plan

Este proyecto es considerado pionero en muchos aspectos y por primera vez se concibe un Plan con esa dimensión para el Sistema Carcelario del Estado.⁷⁴² Así pues, el proceso de elaboración del Plan se inició con una reunión de la Supervisión de Educación de Jóvenes y Adultos de la Secretaría de Educación del Estado -SEDUC, con los técnicos del sector y de la Secretaría de Justicia y de la Administración Penitenciaria –SEJAP, con el propósito de orientar acerca de la aplicación del cuestionario en el ámbito penitenciario. A continuación se distribuyeron los instrumentos entre la SEDUC (80%) y la SEJAP (20%) para que los equipos pudieran realizar *in foco* el diagnóstico de la educación en las prisiones

⁷⁴² Participaron, entre otros, en la elaboración del Plan Regional de Educación en las Prisiones las técnicas de la SEDUC: EDITH MARIA BATISTA FERREIRA (Master en educación), CAROLINA COIMBRA DE CARVALHO (Especialista en supervisión escolar y psicopedagogía), SHEILA CRISTINA ROCHA COELHO (Master en educación) y SILVANA DE OLIVEIRA LIMA (Especialista en supervisión escolar, gestión pública municipal y actualmente responsable de la coordinación de la educación en las prisiones del Estado), bien como técnicos de la SEJAP.

del estado. El equipo de la SEDUC realizó presencialmente el diagnóstico en el 80% de los centros penales, mientras que la SEJAP envió los cuestionarios para que los rellenaran los directores de los centros penales. Tras esa fase, y ya en posesión de la guía de orientación para subvencionar la elaboración del Plan, se reunieron los profesores que trabajan con esta modalidad de enseñanza en São Luís y el asistente social de la Penitenciaría de Pedrinhas-SEJAP para discutir y redactar el documento mencionado. Los técnicos de la SEDUC estaban trabajando al mismo tiempo en la producción textual. Al terminar el ítem 9 (Formación, capacitación de profesionales), todo el grupo se reunió en la Penitenciaría de Pedrinhas para evaluar, discutir, criticar y hacer las aportaciones pertinentes. También se hicieron reuniones con el Superintendente de la SEJAP a fin de distribuir mejor algunos desdoblamientos del Plan de Acción que corresponden a la SEJAP en lo que respecta a la reforma, ampliación y construcción de aulas y unidades carcelarias.

En líneas generales, el cronograma de actividades para la elaboración del Plan Regional de Educación en las Prisiones se desarrolló de la siguiente forma:

Tabla 15. Etapas de elaboración del plan: SUPEJA/SEJAP.

PERIODO	ACTIVIDADES	PERSONAL INVOLUCRADO
25/06/12	Realización de los cuestionarios	Técnicos de la SUPEJA y profesores de la Red Regional y profesionales de la SEJAP
29/06/12	Conclusión de la realización de los cuestionarios (SEDUC)	
18/07/12	Conclusión de la cumplimentación de los cuestionarios (SEJAP)	
25/07/12	Tabulación de los cuestionarios Lugar: SEJAP- Secretaría de Justicia y Administración Penitenciaria	
25/07/12	Socialización del Plan respecto a los siguientes temas: 1. Presentación del Plan 2. Concepciones fundamentales y orientadoras de la oferta de educación del Sistema de Prisiones 3. Historia de la educación en las prisiones del Estado 4. GESTIÓN 4.1. Atribuciones y competencias 4.2. Reglas y procedimiento rutinario 4.3. Gestión de personas 4.4. Registros escolares 4.5. Articulación y sociedades Lugar: SEDUC - Secretaria de Educación	
30/07/12	5. Diagnóstico de la Educación en las prisiones de Maranhão 6. Financiación 7. Organización de la oferta de educación no reglada 8. Organización de la oferta de educación no reglada y de la capacitación profesional 9. Formación / capacitación de profesores 10. Prácticas pedagógicas y atención a la diversidad 11. Certificación Lugar: SEJAP – Secretaria de Justicia	
08/08/12	12. Infraestructura física 13. Material didáctico y literario 14. Redención de la pena por el estudio 15. Atención a la infancia 16. Seguimiento, monitorización y evaluación. Plan de acción Lugar: SEDUC-Secretaria de Educación	
10/08/12	Presentación de la versión preliminar del Plan Personal involucrado: profesores de la U.E. João Sobreiro de Lima y profesionales de la SEJAP Lugar: SEDUC – Secretaría de Educación.	

SUPEJA: Supervisión de Educación de Jóvenes y Adultos. SEJAP: Secretaría de Justicia

Después de terminar el trabajo tuvo lugar un encuentro en el auditorio de la SEJAP para presentar la versión preliminar del Plan, al que asistieron técnicos de la SEDUC, profesionales que trabajan en el sistema penitenciario y superintendentes de la Secretaría de Justicia con el fin de compartir y afianzar las decisiones concernientes al documento, especialmente en lo que se refiere al Plan de acción.⁷⁴³ La metodología utilizada en el proceso de elaboración del Plan, conforme datos informados por los técnicos de SEJAP y SEDUC, consistió en reuniones deliberativas con los dos órganos, diagnóstico inicial (instrumental – cuestionarios y entrevistas en los centros penitenciarios y gestión de las dos secretarías), sistematización y análisis de los datos, elaboración de la versión preliminar, seminario de consolidación del Plan en colaboración con los órganos y entidades que participan en la educación del sistema de prisiones.⁷⁴⁴ Posteriormente hubo la definición del cronograma, listado bibliográfico, lectura, discusión, puesta en común de ideas, así como otras estrategias que se desarrollaron a partir de un grupo de cuatro

⁷⁴³ Es sabido que privar de la libertad, única y exclusivamente, no favorece la resocialización. La educación en la cárcel surgió, en Brasil, a comienzos de la década de 1950, como un medio de auxiliar a los penados a tuvieran una acción concientizadora, capaz de instrumentalizarlos con el fin de que firmen un compromiso de cambio con su historia en el mundo.

⁷⁴⁴ También se ha cuidado de preservar las formas de registro y la memoria de las actividades, las cuales están recogidas en el cuaderno de registro de actividades, donde constan las especificaciones, los objetivos, el personal involucrado, el lugar, las dificultades que han surgido en el desarrollo de las actividades, las soluciones que se han dado, el tiempo establecido y el tiempo dedicado a la ejecución de las actividades.

técnicos de la SEDUC y que, posteriormente se extendió al equipo de profesores del sistema de prisiones de la capital y de otros profesionales involucrados en la educación en las prisiones.⁷⁴⁵

3.6.2. Consideraciones sobre la educación en las prisiones

“Es necesario superar la falsa premisa de que una vez bandido, siempre bandido. La educación es antes un derecho, no solamente una reinserción. Aunque la reinserción sea imposible, la educación permanece como derecho. La educación es, para la gran mayoría de los presos, la primera – y tal vez la única – oportunidad de comprender su historia y de intentar desarrollar un nuevo proyecto de vida.”

Daniela Chammas, *in* “La educación en la cárcel”.⁷⁴⁶

Con base en las lecciones de GADOTTI⁷⁴⁷, los técnicos educacionales establecen por objetivo “trabajar con el reeducando la importancia del acto antisocial y las consecuencias de ese acto, sus trastornos legales, las pérdidas personales y el estigma social.” Así, pretenden ofrecer al penado, dentro de esa perspectiva, una educación volcada a la autonomía intelectual, dándole condiciones de análisis y comprensión de la realidad carcelaria, humana y social en que

⁷⁴⁵ En la Penitenciaría de Pedrinhas, en São Luís, funciona una de las escuelas más antiguas de Brasil con registro en el Ministerio de la Educación: la escuela “João Sobreiro de Lima”.

⁷⁴⁶ CHAMMAS, Daniela. “A educação no cárcere”. Brasília, Revista Prática Jurídica, Editora Consulex, 2011, nº 114, pág.60.

⁷⁴⁷ GADOTTI, Moacyr, “Educação como processo de reabilitação”, *in Presídios e Educação*. São Paulo, Funap, 1993, et. ali.

viven. En ese contexto, y para analizar, reflexionar y discutir sobre los conceptos teóricos que orientan la práctica pedagógica en el sistema de prisiones, los técnicos entienden que es necesario que esta demanda se perciba “no sólo como un derecho reconocido en las legislaciones vigentes, cuyo objetivo es posibilitar la resocialización de los presos, sino también como algo que garantiza el pleno ejercicio de la ciudadanía.” Las discusiones acerca del derecho a la educación escolar de las personas en situación de privación de libertad trae inherente la problemática sobre “qué conceptos deben guiar la oferta de educación en las prisiones brasileñas.”

Sin embargo, la finalidad reeducativa y resocializadora que se atribuye a la pena de reclusión tiene significados que revelan contradicciones, ya que en los centros penitenciarios castigo y regeneración, punición y tratamiento son objetivos distintos. Tales cuestiones traen a colación las discusiones de estudiosos de los objetivos del “tratamiento penitenciario”. BARATTA⁷⁴⁸ afirma que introducir el tratamiento reeducativo no tiene suficiente fuerza para hacer desaparecer los efectos nocivos de la prisión sobre los individuos, pero considera que los proyectos gubernamentales deben contener esos efectos de manera que el preso se vuelva apto para tener una vida en libertad. Este autor reconoce que el problema con relación al condenado es un problema de socialización más que de resocialización o de reeducación. De este modo, los técnicos

⁷⁴⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro, Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

afirman que el tratamiento penitenciario “debe implicar a todos los centros penitenciarios propuestos para llevar a cabo la resocialización y la instrucción,” lo que significa, por lo tanto, un proceso que no se restringe a la acción pedagógica en un aula o a la relación profesor-alumno, sino que afecta a las interrelaciones que se establecen en todo el sistema penitenciario. Desde ese punto de vista, y apoyado también en las tesis de BARATTA, el Plan Estadual de Educación entiende que todas las instituciones carcelarias deben buscar la resocialización, aunque “es necesario reinterpretarla hasta el punto de que se produzca, no por el cumplimiento de la pena, sino a pesar de ello,” mediante mejoras en las condiciones de vida de la prisión de cara a promover la emancipación humana. En el ámbito de las disposiciones legales, la finalidad resocializadora de la prisión tiene que procurar en la educación, entre otros medios, la promoción y la emancipación de la persona humana.⁷⁴⁹

Varios documentos internacionales abordan la cuestión del derecho de la educación de los penados. En primer lugar está la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que reconoce en su artículo 26 el derecho incuestionable a la educación del ser humano a fin de lograr su desarrollo pleno, su fortalecimiento y el respeto al ser. Así, se entiende a partir

⁷⁴⁹ La importancia de la educación en las prisiones tiene, por lo menos, dos finalidades: evitar la ociosidad que, según algunos estudios genera mayor propensión a la reincidencia y dar al condenado la oportunidad de, en futura libertad, disponer de una opción para el ejercicio de alguna actividad profesional que exige un mínimo de escolarización. Son acciones que persiguen el beneficio, en último análisis, de la propia sociedad.

de este documento que el derecho a la educación, incluso para quienes están en situación de privación de libertad, es un derecho humano esencial para la conquista de la libertad, de manera que esta sea utilizada en pro del bien común.

Las Reglas mínimas para el tratamiento de los presos elaboradas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) preconizan la nueva concepción del penado como sujeto de derecho. Estas reglas prevén que la pena privativa de libertad tenga por objeto el propio desarrollo, el respeto y el sentido de responsabilidad del sujeto. Por lo tanto, el Estado, en el cumplimiento de la ejecución penal, además de reprimir el delito, tiene el papel de promover la reinserción social del penado en cuanto sujeto con derechos y deberes. Esas Reglas, aprobadas por el Consejo de Defensa Social y Económica de la ONU, al menos en lo que respecta a la retórica, implican que la finalidad principal de la pena consiste en utilizar la asistencia educativa, moral y espiritual como garantía de que el penado, al regresar a la comunidad libre, esté capacitado para obedecer las leyes. Siguiendo en el campo de la legislación internacional, el V Congreso Internacional sobre Educación para Adultos - CONFINTEA, realizada en 1997 en Hamburgo, afirma la necesidad de la educación a lo largo de la vida, y declara que “la educación de adultos, en ese contexto, se convierte en algo más que un derecho: es la clave del siglo XXI; es tanto el

resultado del ejercicio de la ciudadanía como la condición para una plena participación en la sociedad”.⁷⁵⁰

En ese Congreso los países participantes, incluso Brasil, se comprometieron a reconocer el derecho de los presos al aprendizaje y a promover dentro de los presidios la oportunidad de acceso a la enseñanza y a la formación en diferentes niveles, elaborando programas de enseñanza que contemplen las especificidades del ambiente carcelario, contando con la participación de los presos y de los agentes operadores de la ejecución penal. Siguiendo el principio del derecho, el artículo 208 de la Constitución Brasileña declara que “el deber del Estado con respecto a la educación se hará efectivo mediante la garantía de: 1- la enseñanza básica obligatoria y gratuita, garantizando, incluso, su oferta a todos los que no tengan acceso a ella en la edad que le corresponda [...]”. Eso también es asegurado por la Ley de directrices y bases de la educación nacional - LDB, Ley 9.394/96. Pero en esa Ley n° 9.394/96 no se halla ninguna disposición que haga referencia a la educación de jóvenes adultos en las prisiones brasileñas. Esta omisión se corrigió en el Plan Nacional de Educación - PNE, establecido mediante la Ley 10.172/2001 entre cuyas metas está garantizar la oferta educativa en ambientes de privación de libertad.

⁷⁵⁰ SESI/UNESCO. *Conferência Internacional sobre a Educação de Adultos*. (V: 1997, Hamburgo, Alemanha); Declaração de Hamburgo: agenda para o futuro. Brasília, Unesco, 1999.

3.6.2.1. Educación en las prisiones y sus funciones

“La ciudadanía es una conquista de los excluidos. Parte de esos excluidos es la población carcelaria brasileña que, en su mayoría, está asociada a bajos niveles económicos y sociales, bien como a la baja escolaridad.”

Miguel G. Arroyo, *in Pedagogias em Movimento – o que temos a aprender dos Movimentos Sociais?* ⁷⁵¹

La Ley de Directrices Básicas – LDB, (Ley 9.394/96), cataloga puntos de gran importancia para la modalidad de enseñanza “Educación de jóvenes y adultos”, sirviendo de base para la elaboración del Decreto n° 11/2000 que dio lugar a la Resolución CNE/CEB ⁷⁵² n° 01/2000, fijando las Directrices Curriculares Nacionales de la Educación de Jóvenes y Adultos - EJA. El Decreto mencionado surgió como respuesta a los anhelos sociales, sobre todo en lo que se refiere a un sector de la población que no ha tenido acceso a la lectura y a la escritura en la edad que le correspondía, permitiendo así un derecho que le fue negado *a priori* en sus vidas, siendo ese derecho reafirmado en la “Declaración de Hamburgo” que reza

⁷⁵¹ ARROYO, Miguel G. *in Pedagogias em Movimento – o que temos a aprender dos Movimentos Sociais?* Currículo sem Fronteiras, v.3, n.1, pp. 28-49, Jan/Jun 2003, ISSN 1645-1384 (online) www.curriculosemfronteiras.org.

⁷⁵² Consejo Nacional de Educación/Cámara de Educación Básica.

que “el derecho a la educación es un derecho universal, que pertenece a cada persona...”⁷⁵³

El Decreto n° 11/2000 señala las tres funciones⁷⁵⁴ para la educación de jóvenes y adultos: (1) la reparadora, (2) la igualadora y (3) la capacitadora. Esas funciones reafirman y amplían el concepto de educación de jóvenes y adultos. Se enfatiza que la ampliación de ese concepto, a partir del V CONFINTEA⁷⁵⁵, concibe la educación de jóvenes y adultos como una multiplicidad de procesos formales e informales de aprendizaje y formación continua a lo largo de la vida, entendiendo que ese tipo de acción tiene el carácter de educación permanente, teniendo en cuenta que el ser humano

⁷⁵³ SESI/UNESCO. *Conferência internacional sobre educação para adultos. Declaração de Hamburgo: agenda para futuro*. Brasília, Unesco, 1999.

⁷⁵⁴ La “función reparadora” restaura una deuda social y recupera los derechos negados que han excluido a grupos sociales; históricamente forma parte de la escena brasileña, convirtiéndose en un fenómeno material. Debe ofrecer la educación básica de cara a la universalización y más allá de la obligatoriedad de la enseñanza media. Genera igualdad ante la ley para el sector de población discriminado socialmente, posibilitando que exista calidad en el ámbito escolar, haciendo viable un modelo pedagógico para la modalidad de enseñanza EJA. La “función igualitaria” pretende garantizar la entrada de todos los trabajadores que no han tenido acceso a la escuela cuando les correspondía por edad, dándose una distribución de los bienes culturales y sociales que se les negaron por diversos motivos, facilitando la entrada en el ámbito educativo y garantizando mediante la ley una mirada pedagógica diferenciada, es decir, que atienda las necesidades de los educandos. La “función capacitadora” tiene como base al ser humano como ser incompleto, pues el hombre no es un ser capaz de adquirir conocimientos independientemente del entorno que lo envuelve, considerando que la edad no es un impedimento para aprender valores y actitudes; compartir esas capacidades es algo que se produce a cualquier edad, algo que trasciende el ámbito escolar – Brasil. *Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação de Jovens e Adultos, 2000*. Disponible en <http://www.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/ceb/2000>.

⁷⁵⁵ V CONFITEA – V Conferencia Internacional sobre Educación de Adultos, realizada en 1997, Hamburgo, Alemania.

está en constante formación, exigiendo a su vez la complementariedad y la continuidad de los procesos.

En relación a la oferta educativa para personas jóvenes y adultas privadas de libertad, tratase de un derecho garantizado también en la Ley de Ejecución Penal - Ley n° 7.210/84, teniendo en cuenta que perdieron la libertad pero que todavía deben respetarse los derechos básicos a la salud y a la educación, entre otros derechos sociales. La LEP también prevé que en la asistencia educativa se incluya la instrucción escolar y la formación profesional. Como se ha visto más arriba, la población carcelaria del Estado de Maranhão está constituida por el 62,19% de jóvenes, o sea, entre los que tienen entre 18 y 29 años. Así, corresponde a la franja de edad entre los 18 a 24 años, 1.455 presos; y en segundo lugar están los situados entre los 25 a 29 años, esto es, 1.072 presos.

Respecto al derecho a la educación, recientemente el Decreto CNE/CEB n° 02/2010,⁷⁵⁶ que trata de las Directrices Nacionales para la Educación en las Prisiones, declara que la educación formal y la formación profesional son medios para promover la integración social y adquirir conocimientos que puedan garantizarles a las personas presas que van a lograr un futuro mejor cuando salgan de prisión. El Decreto recomienda que el trabajo carcelario se conciba como elemento de

⁷⁵⁶ La Resolución n° 2 de 19.5.2010 del Consejo Nacional de Educación y de la Cámara de Educación Básica, dispone sobre las directrices nacionales para la oferta de educación para jóvenes y adultos en situación de privación de libertad.

formación integrado en la educación, debiendo ofrecerse en horarios y condiciones compatibles con las actividades educativas.

3.6.2.2. *Redención de la pena por el estudio*

Ese derecho está garantizado también por la Ley n° 12.433, de 29 de junio de 2011, que modifica la Ley n° 7.210, de 11 de julio de 1984 (Ley de Ejecución Penal), para disponer sobre la redención de parte del tiempo de ejecución de la pena por el estudio o el trabajo. La aprobación de ese Proyecto de ley logró unificar una serie de propuestas legislativas en marcha en el Congreso Nacional desde 1993. En el art. 1°, dicha Ley garantiza 1 día de pena por cada 12 horas de asistencia escolar—actividad de enseñanza básica, media, incluso profesional o superior, o incluso de capacitación profesional— divididas al menos en tres días lectivos; y en el art. 5° que el tiempo a redimir en función de las horas de estudio se incrementará de 1/3 en el caso de terminar la enseñanza básica, media o superior durante el cumplimiento de la pena. Aunque no haya habido consenso entre las personas involucradas en este campo, la propuesta final de la redención de la pena mediante el estudio supone un avance considerable en la legislación que refuerza la implementación de las Directrices nacionales para la oferta educativa a jóvenes y adultos en situación de

privación de libertad en los centros penitenciarios.⁷⁵⁷ En España el tema de la redención de la pena por esfuerzo intelectual es tratado en el art.62 del “Reglamento de los Servicios de Prisiones”.⁷⁵⁸

Tras la aprobación de la ley susodicha, las Secretarías de Estado de Educación y de Justicia y Administración Penitenciaria promovieron conferencias dirigidas a los presos de la Penitenciaría de Pedrinhas, Presidio Femenino, Presidio São Luís, CCPJ de Pedrinhas y CADET, con el fin de estimular la divulgación de lo contenido en la ley bajo estudio en este momento, intentó aclarar dudas y afianzar la importancia de la participación en actividades educativas.⁷⁵⁹

En el Estado de Maranhão el derecho de los presos a la redención de la pena por el estudio está garantizado mediante

⁷⁵⁷ En España el instituto de la redención de la pena fue consagrado por el art. 100 del Código Penal. Su origen está en el Derecho Penal Militar de la Guerra Civil y fue establecido por decreto en 28 de mayo de 1937 para los prisioneros de la guerra y los condenados por crímenes especiales. En 7 de octubre de 1938 fue creado un patronato central para tratar de la “redención de penas por el trabajo” y, a partir de 14 de marzo de 1939, el beneficio fue extendido a los crímenes comunes. Después de algunos perfeccionamientos, la práctica fue incorporada al Código Penal Español durante la reforma de 1944. Otros perfeccionamientos al funcionamiento de la remisión ocurrieron en 1956 y 1963. En España es admitida la remisión de la pena por el esfuerzo intelectual, previsto en el Reglamento de los Servicios de Prisiones (art.62) desde la vigencia del Código Penal de 1994 – hoy revocado por el Código Penal de 1995 – Conf. RODRIGUEZ DEVESA, J.M. *in Derecho Penal Español: Parte general*. Madrid, 1971, pág. 763.

⁷⁵⁸ “Art.62. La redención de la pena por el esfuerzo intelectual podrán obtenerla por los siguientes conceptos: 1º por cursar y aprobar las enseñanzas religiosas o culturales establecidas y organizadas por el centro directivo; 2º Por pertenecer a las agrupaciones artísticas, literarias o científicas de la prisión; 3º Por desempeñar destinos intelectuales; 4º Por la realización de producción original, artística, literaria o científica.”

⁷⁵⁹ Las actividades de estudio realizadas dentro de las prisiones comprenden los niveles fundamentales, medio y superior, incluyendo también los cursos profesionales y de recualificación profesional. Las 12 horas de frecuencia deberán ser divididas en tres días para que el preso/alumno pueda ganar un día de pena. Habiendo falta grave, el juez podrá revocar 1/3 del tiempo remido.

del informe de asistencia que se expide a los alumnos matriculados en las clases de enseñanza básica de la Unidad de Enseñanza “João Sobreiro de Lima” y sus anexos cuando se hace la debida solicitud. Dichos informes se envían a los directores de las unidades carcelarias que, a su vez, los mandan, mediante oficio, al juez de ejecuciones penales del Estado. Se tienen en cuenta para la redención de pena por el estudio la asistencia regular a las actividades educativas que ofrece la escuela, así como los cursos de formación profesional promovidos por la SEJAP, obedeciendo así a lo regulado por la legislación federal.⁷⁶⁰

Además hay que tener en cuenta otras actividades educativas a distancia y semipresenciales, aparte de las actividades complementarias como los proyectos de lectura, que contemplen la dedicación de horas de estudio con el objeto de redimir la pena. Se cita como una experiencia positiva concreta para ser adoptada también por el Estado de Maranhão el proyecto de lectura que se está desarrollando en el Estado de Paraná. Ese proyecto consiste en leer libros, elaborar informes de lectura o reseñas, participar en la escritura y reescritura de algunas lecturas o reseñas, con la

⁷⁶⁰ Conf. DANIELA CHAMMAS, “aunque *a priori* parezca a las miradas más críticas que los presos frecuentarán las salas de clase única y exclusivamente por el interés en su propia libertad, en detrimento de su educación y aprendizaje, es sabido que el estudio es contagioso y que, administrado con cualidad, consigue cautivar al más desinteresado de los individuos. Así, una vez educado, ese mismo individuo podrá desarrollar una visión crítica de su realidad y concientizarse de la necesidad de ir allá en lo que concierne a su crecimiento personal e intelectual, reintegrándose a la sociedad a la cual debe pertenecer.” - Brasília, Revista Prática Jurídica, Editora Consulex, 2011, nº 114, pág.60.

debida orientación de los profesores, lo cual hace posible el derecho al conocimiento, a la educación, a la cultura y al desarrollo de la capacidad crítica de las personas condenadas.

El preso puede presentar un informe o reseña cada treinta días que será evaluado por profesionales del sector educativo que trabajan en el sistema carcelario y que serán los encargados de desarrollar el proyecto. El informe o reseña tiene que recibir una nota igual o superior a seis (sobre diez) para considerarse aprobado. Para evaluar los trabajos se tendrán en cuenta criterios como la ortografía, la cohesión y la coherencia.

3.6.2.3. El sentido de la formación profesional

“La educación del detenido es, por parte del poder público, al mismo tiempo una precaución indispensable para los intereses de la sociedad y una obligación para con el detenido”.

Michel Foucault, *Vigiar e Punir*, história da violência nas prisões. Petrópolis, Editora Vozes, 1987, pág. 24.

En lo que respecta a la formación profesional, el Plan Estadual de Educación en las Prisiones de Maranhão – PEEP, considera que no debe concebirse como una simple forma de adquirir habilidades con el fin de lograr una ocupación en el mercado de trabajo. La formación profesional deberá basarse en la idea de que la preparación para el trabajo no puede hacerse sin una escolarización formal, sino integrándose en ella. Por lo tanto, deberá basarse en un nuevo paradigma de

educación profesional capaz de educar al individuo con capacidades intelectuales y técnicas que le permitan adaptarse a las exigencias del mundo laboral. Es preciso, así, superar las fundadas críticas que hasta hoy son arrojadas en relación a la manera como la actividad laboral es realizada en las cárceles. Es importante que se perciba que no es sólo crear una escuela asociada al estudio profesional, pero, como bien ha señalado FERNANDES JULIÃO, tener una escuela “que ayude a desarrollar potencialidades que favorezcan su movilidad social, no se está dejando paralizar por los obstáculos que serán encontrados en la relación social. En suma, una escuela que privilegie la búsqueda por la formación de un ciudadano consciente de su realidad social.”⁷⁶¹

Así pues, el PEEP del Estado de Maranhão entiende que la atención educativa es un derecho del penado, no un privilegio, y que puede incluso suponer una nueva oportunidad para los hombres y mujeres, jóvenes y adultos que no tuvieron en su día acceso a la escolarización. La actual legislación penal brasileña prevé que la asistencia educacional comprenderá la instrucción escolar y la formación profesional del preso y del interno penitenciario. Instituye como obligatorio el estudio de primer grado, actual estudio fundamental, integrándosele en el sistema escolar de la unidad federativa. Ya el estudio

⁷⁶¹ FERNANDES JULIÃO, Elionaldo. “Educação e Trabalho como programas de reinserção social”, in *O espaço da prisão e suas práticas educativas*. São Paulo, Editora Universidade de São Carlos, 2011, pág. 208

profesional deberá ser efectuado en nivel de iniciación o de perfeccionamiento técnico.

El principio básico de la participación del preso en actividades educativas en el aula es que el papel de la escuela en ambientes de privación de libertad pretende, sobre todo, favorecer la socialización y la formación de un ciudadano consciente de su realidad. En consecuencia, se concibe una práctica educativa que supere el concepto tradicional reduccionista de la escuela como transmisora de conocimiento descontextualizado de la realidad vivida por hombres y mujeres marcados por la exclusión en sus diferentes aspectos. De este modo, se concibe la educación en las prisiones, no como la educación de presos, sino como la continuación de la educación reglada, no reglada e informal del ser humano que se encuentra preso temporalmente.

En complementación al concepto presentado en el párrafo anterior, el PEEP concibe el aprendizaje de los jóvenes y adultos en situación de privación de libertad como un imperativo del propio proceso de resocialización. Las situaciones de aprendizaje en las escuelas de la prisión deben tener en cuenta que la apropiación del objeto de conocimiento se produce de fuera hacia dentro, por lo que la intervención del otro en ese proceso es imprescindible, ya que solamente a través del diálogo permanente en la interacción sociocultural pueden los sujetos apropiarse del objeto de conocimiento.

Según VYGOTSKY,⁷⁶² teórico que defiende esta idea, la participación del otro en el aprendizaje señala la importancia de la inserción social del individuo, mostrando que aprendemos en contacto directo con otros sujetos. Según esto, “el proceso de aprendizaje derivará directamente de la actividad práctica e instrumental, aunque no individual, pero en una interacción social.” Así, teniendo en cuenta que los sujetos de la educación de jóvenes, adultos y personas mayores poseen identidades, diversidades y necesidades educativas distintas, no se puede olvidar que esas personas, al regresar a un espacio formal educativo, traen con ellas sus experiencias de vida, aprendizaje, dificultades, esperanzas y opciones en la búsqueda de estrategias que garanticen la supervivencia dentro del ambiente carcelario y fuera de él, recordando siempre que volverán a una sociedad compleja en constante transformación.

Teniendo esto en cuenta, el Plan Estadual de Educación en las Prisiones del Estado de Maranhão – PEEP, entiende que “la educación en ambientes de privación de libertad presupone, por lo tanto, la incorporación de nuevos conocimientos, valores y actitudes, considerando que las personas presas son seres portadores de historia, cultura y experiencias del mundo, así como seres incompletos; y es precisamente en esa imperfección del ser donde la educación encuentra su lugar en las instituciones penales

⁷⁶² VYGOTSKY, L.S.A. *A formação social da mente: o desenvolvimento dos processos psicológicos superiores*. São Paulo, Editora Martins Fontes, 1991

como proceso permanente, respetando la autonomía de esos sujetos.”

Según FREIRE, “el respeto a la autonomía y a la dignidad de cada uno es un imperativo ético y no un favor”.⁷⁶³ En ese sentido, el hombre consciente de su falta de plenitud busca permanentemente emanciparse en sus relaciones con el mundo. El maestro educativo brasileño se refiere así a la educación crítica:

“La educación crítica considera a los hombres como seres en devenir, como seres inacabados, incompletos en una realidad igualmente inacabada y juntamente con ella. Por oposición a otros animales, que son inacabados, pero no históricos, los hombres se saben incompletos. Los hombres tienen conciencia de que son incompletos y, así, en ese estar inacabados y en la conciencia que tienen de ello, se encuentran las raíces mismas de la educación como fenómeno puramente humano. El carácter inacabado de los hombres y el carácter evolutivo de la realidad exigen que la educación sea una actividad continua. De esta forma, la educación se rehace continuamente mediante la praxis.”⁷⁶⁴

La educación permanente es uno de los medios principales para que se incrementen de manera significativa las posibilidades de transformación de las condiciones de vida de las personas y para enfrentarse a los complejos problemas

⁷⁶³ FREIRE, ob. cit., pág. 80.

⁷⁶⁴ FREIRE, ob. cit., pág. 81.

de un mundo caracterizado por cambios rápidos y riesgos. Al tratarse de un sistema carcelario, es necesario tener en cuenta la complejidad de dicho sistema a fin de poder vencer los obstáculos inherentes a la naturaleza de las instituciones penales, de manera que sea viable compatibilizar los objetivos cercenadores de la prisión con el propósito de “emancipación humana” que, como fin resocializador, tiene la educación.

3.6.2.4. *El personal de campo*

Intervenir en la educación de personas jóvenes y adultas supone uno de los mayores retos de la educación ya que se trata de una acción educativa con un público excluido de la sociedad, en su mayoría, de manera perversa. Eso nos remite a una preocupación aún más grave cuando se trata de la educación en el sistema penitenciario porque si ya es difícil realizar un trabajo en las escuelas del sistema escolar brasileño, que exige una serie de aportaciones para que funcione debidamente, todavía es más complicado enfrentarse a los retos que plantea una práctica docente de calidad en la prisión, pues para que esta sea efectiva, debe estar enfocada hacia el propio ámbito carcelario y sus especificidades, los movimientos de autorregulación, los conocimientos ya realizados por los penados en sus discursos, teniendo en cuenta además su ritmo de aprendizaje, sus necesidades y dificultades articuladas según los más diversos contextos.

En el Estado de Maranhão los profesores que trabajan en la oferta educativa forman parte de la plantilla oficial de profesionales de la educación y son asignados por la Unidad Regional de Educación, órgano encargado de la adjudicación de profesores en todo el Estado; en algunas unidades carcelarias los profesores forman parte del funcionariado de la propia unidad o son contratados por la red municipal de enseñanza y siendo cedidos para que trabajen en las prisiones.

Los funcionarios de prisiones realizan un importante servicio público de alto riesgo por salvaguardar a la sociedad civil, contribuyendo mediante el tratamiento penal a la vigilancia y custodia de personas en situación de privación de libertad durante el cumplimiento de la pena de prisión o de las medidas de seguridad, según establezcan los instrumentos legales.⁷⁶⁵ Actualmente su función ha sido objeto de varias interpretaciones, sobre todo debido a las nuevas teorías acerca de la pena, por las que se ha atribuido a este profesional, además de la custodia y seguridad de los encarcelados, la función de prestar asistencia y actuar de forma cualificada en el proceso de resocialización.

En el Maranhão, los agentes de prisiones en activo pertenecen a la plantilla de trabajadores de las unidades carcelarias, además de haber monitores que son enviados por empresas externas. Los que trabajan en lugares donde hay

⁷⁶⁵ Una visión del trabajo de los agentes penitenciarios desde el interior de las prisiones - ha sido escrito por el médico y periodista DRAUZIO VARELLA, *in Carcereiros*, São Paulo, Companhia das Letras, 2012, como resultado de su observación en más de veinte años de trabajo en el sistema carcelario de Brasil.

escolarización no reciben ninguna formación específica de carácter pedagógico. En especial, reconocemos la necesidad de que los agentes de prisiones posean un perfil adecuado para ejercer de manera efectiva sus funciones.

Las Directrices Nacionales para la oferta educativa en las instituciones penitenciarias hacen referencia a la importancia del vínculo permanente, del estímulo al concurso público y a la existencia de una formación específica para los educadores que trabajan en los centros penitenciarios. Además, incentivan a los estados para que ofrezcan un plus de peligrosidad a los profesionales que asuman esa función, debido al lugar donde ejercen la docencia. En el caso del estado de Maranhão, los profesores del estado en funciones que trabajan en centros penales reciben un aumento del 100% del sueldo base, corriendo a cargo de la Secretaría de Estado de Educación esta remuneración.

Los profesores ponen de relieve que este incremento no se configura como un plus de peligrosidad ni de insalubridad y han sugerido que se lleve a cabo una investigación a nivel jurídico que justifique la implementación de estas adiciones alegando que los demás profesionales del sistema penal ya la reciben. La vida de los profesionales que trabajan en las prisiones se ha caracterizado desde el principio, y sigue caracterizándose, por la conexión con el encarcelamiento, la exclusión y la violencia. Sabemos que tales condiciones generan a veces alteraciones del comportamiento, llevando a

algunos jóvenes al alcoholismo, a la dependencia de drogas psicotrópicas, antidepresivos ansiolíticos y, además, a las prácticas delictivas. Actualmente el Sistema de Prisiones del Estado de Maranhão ofrece actividades educativas formales en seis instituciones, atendiendo a alumnos de enseñanza básica, series iniciales y finales y, además, grupos de alfabetización en São Luís y Timón a través del Programa Brasil Alfabetizado - PBA,⁷⁶⁶ según puede verse en el siguiente cuadro:

TABLA 16. Oferta educativa reglada en las unidades carcelarias de Maranhão

QT	UNIDAD PENITENCIARIA	MUNICIPIO	AULAS E.F*	AULAS DE PBA**	ALUNOS
1.	Centro de Resocialización Regional de Pedreiras	Pedreiras	02	--	51
2.	Unidad Penitenciaria de Resocialización "Jorge Vieira"	Timon	-	01	23
3.	Central de Custodia de Presos de Justicia de Imperatriz	Imperatriz	02	--	
4.	Presidio São Luís	São Luís	02	--	38
5.	Unidad penitenciaria de Resocialización Femenina São Luís	São Luís	02	--	51
6.	Complejo Penitenciario de Pedrinhas	São Luís	04	14	46+82
Total			12	15	328

Fuente: SEDUC/SEJAP (2012). *E.F.: Enseñanza Fundamental; **PBA: Programa Brasil Alfabetizado.

La planificación de la oferta de grupos de alfabetización de jóvenes y adultos en el ámbito del Programa Brasil Alfabetizado – PBA, se lleva a cabo mediante el diagnóstico de la escolaridad, generando una demanda del curso entre las personas penadas. Actualmente existen 14 grupos del PBA

⁷⁶⁶ Desde el año de 2003 el Ministerio de la Educación realiza el Programa Brasil Alfabetizado – PBA, direccionado para la alfabetización de jóvenes, adultos y mayores. El Programa es desarrollado en todo el territorio nacional, preferentemente en 1.928 municipios del país que presentan una tasa de analfabetismo igual o superior a 25%. Funciona también en escuelas existentes en las unidades carcelarias.

funcionando en la Escuela “João Sobreira de Lima”, del Complejo Penitenciario de Pedrinhas, en São Luís, y un grupo en Timon. Conforme al diagnóstico realizado en este Plan, en lo que respecta al nivel de escolaridad de las personas penadas, existe demanda de ampliación de esta oferta en otros municipios de Maranhão, que se considerará en el marco de la oferta educativa reglada, donde las unidades carcelarias dispongan de espacio para la creación de estas clases.

Para que los alumnos que ya han superado los cursos de alfabetización del Programa Brasil Alfabetizado – PBA continúen sus estudios, ha sido fundamental el apoyo de los profesores de los lugares donde existe esa oferta para que los presos se vean empujados a avanzar y a proseguir los estudios en las clases de Educación de Jóvenes y Adultos - EJA. También se realizan comunicados mediante carteles y charlas con asistentes sociales y psicólogos.

La planificación de la oferta de enseñanza básica se organiza a través del diagnóstico de la escolaridad de los presos. Además se tienen en cuenta los lugares que dispongan de una estructura física y de un espacio disponible para las aulas.

3.6.3. Prácticas pedagógicas y atención a la diversidad

“Si no fuere libertaria, toda la pedagogía es autoritaria. No hay educación libertaria que no sea auto-educación”.

Paulo Freire, in *Política e Educação*. São Paulo, Editora Cortez, 2ª edición, 1995

A fin de que se produzca el proceso de “resocialización espontáneo” de las personas presas con base en el proceso educacional, la formulación del PEEP ha llevado en cuenta que la educación tiene que ser una herramienta fundamental, puesto que contribuye en gran manera al proceso de emancipación de la persona. La pedagogía libertaria, por lo tanto no autoritaria, provoca la auto-educación. Así reconocida la importancia de la educación, es imperioso pensar en cómo se puede ofrecer, ya que no se puede olvidar que los educandos presos están condicionados por una rutina y una disciplina específicas. Debido a las peculiaridades de la educación ofertada en el sistema de prisiones, la enseñanza no puede desarrollarse según el modelo que normalmente se aplica en las escuelas de la Educación de Jóvenes y Adultos – EJA.

En ese sentido, los procesos de selección y organización de los contenidos, así como las formas de organización de tiempo y espacios educativos y las prácticas pedagógicas, deben ajustarse a la rutina carcelaria y a la realidad de esos presos, respondiendo a la diversidad que allí se encuentra.

Esas recomendaciones también se recogen en el artículo 28 de la Resolución CNE/CEB⁷⁶⁷ n° 4/2010 donde se afirma que “los cursos de EJA, preferiblemente articulando la formación profesional con la educación básica, deben pautarse mediante la flexibilidad tanto del currículo como del tiempo y del espacio”. Es importante tener en cuenta esos aspectos pues son, sobre todo, un ejercicio de reflexión sobre el currículo que se practica o que se va a practicar en la educación carcelaria. Sin embargo, urge aclarar la idea que se tiene acerca del currículo y la importancia de esa discusión respecto al proceso de resocialización de las personas presas.

Según las palabras de MARTINS HORA y de RIBEIRO GOMES,⁷⁶⁸

“[...] el currículo no es un elemento inocente y neutro de transmisión desinteresada de conocimiento social. El currículo está implicado en relaciones de poder, transmite perspectivas sociales particulares e interesadas, produce identidades individuales y sociales particulares. El currículo no es un elemento atemporal, tiene una historia directamente relacionada con las formas específicas de organización de la sociedad y de la educación”.

Desde esa perspectiva, el objetivo del currículo es contribuir a la producción de nuevas identidades a fin de alcanzar los intereses del proceso de resocialización de la

⁷⁶⁷ Consejo Nacional de Educación y de la Cámara de Educación Básica.

⁷⁶⁸ MARTINS HORA, Dayse y RIBEIRO GOMES, Priscila. “Educação Prisional: o problema do ponto de vista do currículo”. Brasília, MEC, 2007, pág. 34-42, *in Brasil. Salto para o futuro. EJA e Educação Prisional*. SEED/MEC, Boletim 6, maio de 2007.

persona presa. De acuerdo con las autoras mencionadas anteriormente,

“La función del currículo es hacer que el individuo se reconozca como sujeto dentro de la sociedad, buscando, mediante la transformación, una nueva identificación que le permita la inserción social. Un ciudadano preparado para ser reintegrado en el entorno social significa un ciudadano con una nueva visión del mundo, un ciudadano que ha conseguido alcanzar realmente una identidad.”

En ese punto, hay que cuestionarse lo siguiente: ¿Qué clase de currículo se está usando en las escuelas carcelarias marañenses? ¿Qué prácticas educativas se están desarrollando? ¿La pedagogía es autoritaria o libertaria en el sentido “freireano” del término? ¿Está siendo eficaz en la emancipación humana? O, en otras palabras, ¿está siendo útil para la resocialización espontánea del sujeto?

Las acciones de la educación en un contexto de privación de libertad en el Maranhão están cimentadas en la legislación educativa vigente en el país, en la ley de ejecución penal, en las políticas de derechos humanos y privación de libertad, buscando responder a las especificidades de los distintos niveles y modalidades de educación y enseñanza, como recoge la Resolución CNE/CEB/MEC n° 2/2010.⁷⁶⁹ En lo que respecta a la educación de jóvenes y adultos que se ofrece en

⁷⁶⁹ Consejo Nacional de Educación/Cámara de Educación Básica/Ministerio de la Educación.

las unidades carcelarias, ésta se organiza obedeciendo a las mismas pautas de las escuelas de la Educación de Jóvenes y Adultos – EJA, que funcionan extramuros: la enseñanza básica en cuatro etapas, con una duración de 3.200 horas, repartiendo 800 horas en cada una de esas etapas, y la enseñanza media repartida en dos etapas, con un total de 2.000 horas repartidas en 1.000 horas por etapa, a pesar de que todavía no exista una oferta de enseñanza media.

Los contenidos escolares están distribuidos en áreas de conocimiento, según recoge el cuadro siguiente, una forma de organización curricular más integrada de los procesos que favorecen la construcción y reconstrucción del conocimiento y de los conceptos, habilidades, actitudes, valores, hábitos, etc., que la sociedad establece como necesarios para una vida más digna, autónoma y solidaria .⁷⁷⁰

⁷⁷⁰ TORRES SANTOMÉ, Jurjo. *Globalização e interdisciplinaridade: o currículo integrado*. Porto Alegre, ArtMed, 1988.

TABLA 25. Organización de la escolarización de la EJA/SEDUC/MA

NIVEL	ETAPA	Área de conocimiento
Enseñanza básica	1ª etapa	Lengua portuguesa, matemáticas y conocimiento de la naturaleza y de la sociedad
	2ª etapa	Lengua portuguesa, matemáticas y conocimiento de la naturaleza y de la sociedad
	3ª etapa	Lengua portuguesa, lengua extranjera, educación física, arte, matemáticas, historia, geografía, ciencias, educación religiosa y filosofía.
	4ª etapa	Lengua portuguesa, lengua extranjera, educación física, arte, matemáticas, historia, geografía, ciencias, educación religiosa y filosofía.
Enseñanza media	1ª etapa	Lenguaje, códigos y su tecnología; ciencias de la naturaleza y su tecnología; ciencias humanas y su tecnología; matemáticas y su tecnología.
	2ª etapa	Lenguaje, códigos y su tecnología; ciencias de la naturaleza y su tecnología; ciencias humanas y su tecnología; matemáticas y su tecnología.

EJA: Educación de Jóvenes y Adultos. SEDUC: Secretaria Estadual de Educação; MA: Maranhão.

3.6.4. Seguimiento, monitorización y evaluación

Una vez definidos los conceptos, los objetivos, las metas y los tipos de oferta de la educación carcelaria, es sumamente importante explicar el proceso de seguimiento, evaluación y monitorización del Plan Regional de Educación en las Prisiones

de Maranhão, puesto que ese proceso es fundamental para que los gobernantes, gestores y ejecutores del sistema educativo y penal conozcan la evolución de la situación a la que se enfrentan y valoren los resultados de sus actos de manera que se pueda tomar decisiones que resulten en cambios a lo largo de ese recorrido. En el proceso de seguimiento, monitorización y evaluación, la información va dirigida a subvencionar decisiones relacionadas con la acción que se está desarrollando, y a conocer y, si es posible, medir el impacto de esa acción, comparándolo con lo esperado o planeado.

En el Estado de Maranhão la oferta educativa en las unidades carcelarias no cuenta con el sistema unificado de seguimiento, monitorización y evaluación desarrollada por la SEDUC y la SEJAP. Sí se producen acciones aisladas que generan algunos datos de esa oferta, aunque incipientes, como se ha comprobado durante el proceso de elaboración de este Plan. Las herramientas actuales para el seguimiento, la monitorización y la evaluación son las siguientes: ficha de movimiento mensual (SEDUC), elaboración de informes anuales de las acciones realizadas en las unidades carcelarias (SEDUC) y sistema de información sobre la vida del individuo al ingresar en el sistema penitenciario (SEJAP). Al comprender la importancia de un sistema de administración de información de esas características, el proceso de monitorización y evaluación del Plan de Educación en las Prisiones de Maranhão tiene que dejar muy claro el conjunto de procedimientos de

seguimiento y estudio que se van a llevar a cabo a lo largo de su implementación, a fin de comprobar si las actividades y los resultados alcanzados responden a lo que se había planeado. En ese sentido, se registrarán las siguientes etapas en el sistema de seguimiento, monitorización y evaluación: (1) Registro sistemático de información sobre la oferta educativa en las unidades carcelarias del estado mediante la complementación mensual de un instrumento creado por la SEDUC/SEJAP; (2) Elaboración de un informe semestral de las acciones educativas realizadas en las unidades carcelarias para ser enviado a la SEDUC/SEJAP; (3) Análisis continuo de los datos generados, con contestaciones que contengan propuestas para las unidades carcelarias; (4) Divulgación de los resultados y de las acciones realizadas para la oferta educativa de jóvenes y adulto en cada institución penal mediante un informe anual.

Para que este sistema de seguimiento, monitorización y evaluación se haga efectivo hay que definir los indicadores que servirán para medir el impacto y los resultados conseguidos con las acciones previstas en este Plan, ya que los indicadores son medidas que expresan o cuantifican un resultado o el desempeño de un proceso, servicio, organización o producto. De este modo, presentamos a continuación los indicadores que se van a usar en el proceso de evaluación de implantación/implementación de dicho Plan: (1) Aumento del número de matrículas en las escuelas de las unidades carcelarias; (2) Mejora de la estructura física y/o construcción

de un módulo educativo en las unidades carcelarias; (3) Oferta de cursos de formación inicial y continua, con un currículo específico sobre educación carcelaria para los profesores, administradores y agentes que operan la ejecución penal; (4) Aumento del número de alumnos que terminan la enseñanza básica y media; (5) Número de acciones realizadas intersectorialmente entre la SEDUC y la SEJAP.

Ese Plan Educacional es, así, uno de los principales instrumentos que cuenta la ejecución penal en el Estado de Maranhão para cumplir los dictámenes de la Ley de Ejecución Penal en su menester de dar eficacia al principio de la prevención especial positiva.

3.7. Legitimidad judicial para controlar las garantías de los presos

“Todo este amplio discurso se desenvuelve de forma compacta entre la crítica de los fundamentos gnoseológicos y éticos del derecho penal, en un extremo, y la crítica de la praxis judicial de nuestro país, en el otro, huyendo de los vicios opuestos de la teoría sin controles empíricos y de la práctica sin principios...”

Norberto Bobbio⁷⁷¹

El desafío que tenemos que enfrentar ahora es el de justificar la legitimidad judicial para garantizar los derechos

⁷⁷¹ Prólogo del libro *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, de LUIGI FERRAJOLI. Madrid, Trotta, 10ª edición, 2011, pág. 13.

sociales básicos de los presos y detenidos cuando la Administración vinculada al Poder Ejecutivo no los garanticen, tanto a la luz de la Constitución de Brasil, de la Ley de Ejecución Penal n° 7.210, de 11 de julio de 1984, de los Tratados Internacionales y de las Resoluciones de la ONU, como en el marco de los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho.

Los derechos y deberes de los detenidos y penados están previstos en la Ley de Ejecución Penal, que es anterior a la Constitución de 1988, pero que sigue sus mismos principios, especialmente el que trata de la integridad física y moral del preso (art.5° , XLIX, CF); el presupuesto de que la pena debe ser cumplida en establecimientos diversos en relación con la naturaleza del crimen, edad y sexo del condenado (art.5° , XLVIII, CF); bien como la atención especial a las presas con niños en fase de lactancia materna (art.5° ,I, CF), más allá de la individualización de la pena (art. 5° , XLVI, CF, 1ª parte). Estos son principios que tienen por base la humanización de la pena y la dignidad de la persona humana. La Constitución, de ese modo, acoge un modelo constitucional de proceso que es aplicado tanto al derecho penal y procesal penal, cuanto al derecho de ejecución penal.

Los órganos que en Brasil constituyen la ejecución penal son: (1) El Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria; (2) El Juzgado de la Ejecución; (3) La Fiscalía Pública; (4) El Consejo Penitenciario; (5) Los Departamentos

Penitenciarios; (6) El Patronato; (7) El Consejo de la Comunidad; (8) La Defensoría del Pueblo.⁷⁷² A los gobiernos estatales les corresponde no sólo la estructuración administrativa de las actividades penitenciarias en atención a la legislación nacional y estadual, sino también el cumplimiento de las directrices emanadas de los principios constitucionales.⁷⁷³ Entre las competencias de los referidos órganos, podemos citar, de forma sucinta, que al Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria (CNPCP), órgano subordinado al Ministerio de la Justicia, le concierne proponer, entre otras atribuciones, “directrices de la política criminal en cuanto a la prevención del delito, administración de la Justicia Criminal y ejecución de las penas y de las medidas de seguridad”; el Consejo Penitenciario es un órgano consultivo y fiscalizador de la ejecución de la pena y está integrado por miembros nombrados por el gobierno de los Estados; el Departamento Penitenciario Nacional, subordinado al Ministerio de la Justicia, es el órgano ejecutivo de la Política Penitenciaria Nacional y de apoyo administrativo y financiero al Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria (CNPCP); el Patronato Público o privado destinase a prestar asistencia a los albergados y a los excluidos del sistema; el Consejo de la Comunidad tiene por atribución presentar relatorías

⁷⁷² En traducción literal: “Defensoría Pública”.

⁷⁷³ En el Estado de Maranhão, como ya se ha visto, fue instituida la Secretaria de Estado da Justicia y de la Administración Penitenciaria – SEJAP, en enero de 2011. Anteriormente el órgano estatal responsable era la Secretaria de Seguridad Pública – SSP.

mensuales al juez de la ejecución penal y al Consejo Penitenciario; la Defensoría del Pueblo es el órgano responsable de la defensa judicial de los presos que no pueden pagar abogados privados, pero tiene también la atribución de fiscalización de los establecimientos penales.

No obstante, para los presos la persona jurídica más importante, por la vinculación directa que mantiene con la ejecución de la pena y por su potestad decisoria, además del contacto que con frecuencia tiene con sus familiares – es el Juez de la Ejecución. A él le compete⁷⁷⁴: “aplicar a los casos decididos la ley posterior que de cualquier modo favorezca el condenado”; “declarar extinta la punibilidad”; decidir sobre los incidentes de la ejecución y sobre los beneficios legales típicos, a ejemplo de la progresión del régimen de pena, redención de pena, libramiento condicional, etc.; “autorizar las salidas temporales”; “velar por el correcto cumplimiento de la pena y de la medida de seguridad”; “inspeccionar, mensualmente, los establecimientos penales, adoptando providencias para el adecuado funcionamiento y promoviendo, cuando fuera el caso, la apuración de responsabilidad”; “promover la interdicción, total o parcial, del establecimiento penal que estuviere funcionando en condiciones inadecuadas o con infracción de los dispositivos de la ley de ejecución penal”; determinar otras medidas propias del proceso de ejecución.

⁷⁷⁴ Competencias establecidas en el art.66 de la Ley 7.210/1984 – LEP.

En su Art. 1º, la Ley de Ejecución Penal establece que: “La ejecución penal tiene por objetivo efectuar las disposiciones de la sentencia o decisión criminal y proporcionar condiciones para la armónica integración social del condenado y del internado”.⁷⁷⁵ La ejecución de la pena es, así, una actividad compleja y no hay consenso en Brasil, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, en cuanto a su naturaleza jurídica, ya sea administrativa, jurisdiccional o mixta. Mientras el Derecho Penal fija el objetivo general de la pena y establece la cantidad de bienes jurídicos de que se puede privar al penado para procurar la prevención especial, el derecho de ejecución penal es el que regula la forma en que se debe realizar esta tarea preventiva.⁷⁷⁶ Autores como JULIOTTI⁷⁷⁷ entienden que del art.2º de la Ley 7.210/1984 se deduce la “preponderancia de la función jurisdiccional en relación a la función administrativa”: “La jurisdicción penal de los Jueces o Tribunales de Justicia ordinaria, en todo el Territorio Nacional, será ejercida, en el proceso de ejecución, en la conformidad de esta Ley y del

⁷⁷⁵ A diferencia de la Constitución española, que en su Art.25.2 habla de la resocialización, la Constitución brasileña nada ha dicho directamente respecto a ese tema. El art.24, I, de la Constitución de Brasil, establece ser competencia de la Unión, concurrentemente con los estados legislar sobre el derecho penitenciario.

⁷⁷⁶ Es preventiva de modo especial en la medida en que aparta de la sociedad y de la convivencia social al elemento que delinquiró, evitando que reincida cometiendo nuevos delitos; la prevención especial positiva se caracteriza por la resocialización mientras que la prevención especial negativa se traduce por la neutralización, incapacitación. Conf. BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social. Por un concepto crítico de reintegración social del condenado*. Ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”, organizado por Comisión Andina de Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de septiembre de 1990, in www.inau.gub.uy/biblio/pmb/opac_css/index.

⁷⁷⁷ JULIOTTI, Pedro de Jesus. *Lei de Execução Penal Anotada*. São Paulo, Editora Verbatin, 2011, pág. 27-28

Código de Proceso Penal.” Pero reconocen que no es posible ignorar la actividad administrativa aunque esta no elimine el carácter preponderantemente jurisdiccional, con la intervención del juez en todos los incidentes envolviendo la administración y el sentenciado, a tenor del art.5º, XXXV de la Constitución: “La ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o amenaza a derecho”. Algunas importantes decisiones de los Tribunales evidencian también esa característica jurisdiccional de la ejecución de la pena: “La ejecución dejó de ser relación jurídica meramente administrativa. Hoy, evidencia un sentido jurisdiccional”⁷⁷⁸ En relación a la ejecución penal como un auténtico proceso, recogemos la siguiente decisión del Tribunal de São Paulo: “La ejecución criminal tiene un innegable carácter de proceso judicial, que, por ello, como garantía que es del reo, debe observar los principios constitucionales respectivos.”⁷⁷⁹ En ese sentido, la aplicación de los principios y reglas del Derecho Procesal Penal consiste – consonante el ítem 16 de la Exposición de Motivos de la Ley de Ejecución Penal –, “en el corolario lógico de la interacción existente entre el derecho de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad y las demás ramas del ordenamiento jurídico, principalmente los

⁷⁷⁸ Superior Tribunal de Justicia-STJ, RHC 7.387-RG, 6ª T., Relator Originario Min. Anselmo Santiago, Relator para el fallo Min. Luis Vicente Cernicchiaro, j. 23-6-1998, DJU, 31.8.1998, pág.120. – *apud* JULIOTTI, Pedro de Jesus. *Lei de Execução Penal Anotada*. São Paulo, Editora Verbatin, 2011, pág.28.

⁷⁷⁹ Tribunal de Alzada SP, 5ª Cámara Criminal, Habeas Corpus nº 132.752-5, Relator Juez Aduino Suannes, j. 24.7.1984, *apud* JULIOTTI, ob. cit., pág.28

que regulan el carácter fundamental o complementario de los problemas originados por la ejecución”.

La autoridad administrativa, en este caso la Secretaria de Estado de la Justicia y de la Administración Penitenciaria (SEJAP), tiene atribución legal para actuar en el curso de la ejecución penal, no solo en aquello que respecta al ejercicio del poder disciplinario,⁷⁸⁰ sino también en la solución de problemas relacionados a la rutina carcelaria, constituyéndose ese punto como una de las excepciones a los principios de la judicialización. Por rutina carcelaria se entiende no sólo la limpieza, estructura física adecuada y otras condiciones de habitabilidad de los presos y detenidos sino también la asistencia directa reconocida por el art. 10 y 11 de la Ley 7.210/1984:

“Art. 10. La asistencia al preso y al internado es deber del Estado, objetivando prevenir el crimen y orientar el retorno a la convivencia en sociedad.

Parágrafo único. La asistencia se extiende al egreso”.

“Art. 11. La asistencia será: I – material; II – a la salud; III- jurídica; IV – educacional; V – social; VI – religiosa.”

Como todo derecho prestacional, la obligación de garantizar los medios necesarios a la prestación social es del Poder Ejecutivo, y en concreto de sus órganos específicos. Pero ¿qué sucede cuando se constata la falta de esos derechos sociales a los penados? ¿Puede el Poder Judicial, sin incurrir

⁷⁸⁰ Art. 47 de la Ley de Ejecución Penal: “El poder disciplinario, en la ejecución de la pena privativa de libertad, será ejercido por la autoridad administrativa conforme a las disposiciones reglamentarias”.

en violación al principio de la separación de poderes, garantizar esos derechos a los presos, obligando al Ejecutivo a concederlos?

Nos parece indudable la legitimidad judicial para garantizar los derechos sociales a los penados e internos, a tenor de la legislación aquí citada. La interferencia judicial es de tal modo profunda en la fase de ejecución penal, que el Consejo Nacional de Justicia – CNJ⁷⁸¹, vinculado al Supremo Tribunal Federal – STF,⁷⁸² instituyó un Departamento con la finalidad de hacer el “seguimiento, fiscalización y ejecución de las medidas socioeducativas del sistema penitenciario”.⁷⁸³ Sus objetivos, entre otros, tienden a fomentar “la incorporación de medidas protectoras y de proyectos de capacitación profesional y de reinserción social del interno y del recluso egresado del sistema penitenciario”, así como a “hacer un seguimiento de los proyectos relacionados con la apertura de nuevas plazas y con el cumplimiento de la legislación pertinente respecto al sistema penitenciario y al sistema de ejecución de medidas socioeducativas”. Mensualmente los jueces de los Estados, específicamente los de la ejecución penal, hacen relatorías

⁷⁸¹ Conforme la Emenda Constitucional nº 45/2004 – DOU 31.12.2004

⁷⁸² Art. 1º El Consejo Nacional de Justicia – CNJ, establecido el día 14 de junio de 2005, órgano del Poder Judicial que actúa en todo el territorio nacional, con sede en Brasilia DF, está formado por quince miembros, conforme a los términos del artículo 103-B de la Constitución Federal.

Art. 2º Conformen el CNJ:

I a VII – (...) *omissis*;

VIII⁷⁸² - El Departamento de seguimiento y fiscalización del sistema penitenciario y del sistema de ejecución de medidas socioeducativas – DMF.

IX – (...) *omissis*;

⁷⁸³ Texto según la Enmienda Regimental nº 01/10.

sobre el sistema carcelario y las remiten al Consejo Nacional de Justicia – CNJ. El Departamento tiene las siguientes competencias:

“CAPÍTULO IX

DEL DEPARTAMENTO DE SEGUIMIENTO Y FISCALIZACIÓN DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y DEL SISTEMA DE EJECUCIÓN DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Art. 40-A⁷⁸⁴. El Departamento de seguimiento y fiscalización del sistema penitenciario y del sistema de ejecución de medidas socioeducativas – DMF, creado mediante la Ley n° 12.106, de 2 de diciembre de 2009, es un órgano del CNJ de seguimiento y fiscalización del sistema penitenciario y de ejecución de medidas socioeducativas en el ámbito del Poder Judicial.

§ 1°⁷⁸⁵ Los objetivos del DMF, entre otros correlacionados que podrán establecerse administrativamente, son los siguientes:

- I – Controlar y fiscalizar el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del Consejo Nacional de Justicia con respecto a la prisión provisional y definitiva, medida de seguridad y de internamiento de adolescentes;
- II – Planear, organizar y coordinar, en el ámbito de cada tribunal, asambleas para la reevaluación de la prisión provisional y definitiva, de la medida de seguridad y del internamiento de adolescentes, así como para el perfeccionamiento de las rutinas carcelarias;
- III – Hacer un seguimiento y proponer soluciones ante las irregularidades que surjan en el sistema penitenciario y en el sistema de ejecución de medidas socioeducativas;
- IV – Fomentar la incorporación de medidas protectoras y de proyectos de capacitación profesional y de reinserción social del interno y del recluso egresado del sistema penitenciario;
- V – Proponer al Consejo Nacional de Justicia, en lo que respecta al sistema penitenciario y al sistema de ejecución de

⁷⁸⁴ *Ibid.*

⁷⁸⁵ *Ibid.*

medidas socioeducativas, la unificación de los procedimientos y que se lleven a cabo estudios para mejorar la legislación sobre la materia;

VI – Hacer un seguimiento de los proyectos relacionados con la apertura de nuevas plazas y con el cumplimiento de la legislación pertinente respecto al sistema penitenciario y al sistema de ejecución de medidas socioeducativas;

VII – Controlar la incorporación y el funcionamiento del sistema de gestión electrónica de la ejecución penal y del mecanismo de control electrónico de las prisiones provisionales;

VIII – Coordinar la instalación de unidades de atención jurídica voluntaria en el ámbito del sistema penitenciario y del sistema de ejecución de medidas socioeducativas.

§ 2º ⁷⁸⁶ A fin de lograr los objetivos institucionales del DMF, el Consejo Nacional de Justicia podrá

I – Establecer vínculos de cooperación e intercambio de órganos y entidades públicas o privadas, nacionales, extranjeras o supranacionales en el campo de su actuación;

II – Realizar contratos con personas físicas o jurídicas especializadas;

Art. 40-B⁷⁸⁷. El departamento estará coordinado por un juez auxiliar nombrado por el presidente del Consejo Nacional de Justicia y supervisado por un consejero designado por la asamblea plenaria y contará con una estructura de cargos en comisión y funciones comisionadas.”

En el ámbito del Estado de Maranhão, la Ley Estadual nº 9.551, de 4 de enero de 2012 creó la “Unidad de Seguimiento, Acompañamiento, Perfeccionamiento y Fiscalización del Sistema Carcelario en el Tribunal de Justicia”, cuyos objetivos, entre otros, y en términos de resocialización, van un poco más allá que los del Consejo Nacional de Justicia, pues incluyen

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ *Ibid.*

actividades que son inherentes al Poder Ejecutivo, tales como “organizar acciones que envuelvan la sociedad sobre la resocialización y reinserción social de presos y ex convictos, publicitando los resultados obtenidos”. La estructura organizacional de la Unidad de Seguimiento está fijada por resoluciones del Tribunal de Justicia que también define sus atribuciones.

Todas esas normas en Brasil llevan a un control absoluto del Poder Judicial sobre el proceso de ejecución y particularmente sobre la resocialización de los presos. El principio constitucional de la dignidad de la persona humana, al lado de otros principios con el mismo rango constitucional, y las asistencias expresamente consignadas en la Ley de Ejecución Penal, son valores legales que no pueden ser olvidados cuando se habla de resocialización, aunque su eficacia y finalidades en el ámbito de la prevención especial positiva no esté obteniendo, de una manera general, los resultados esperados. En verdad, mucho ya ha sido escrito desde los años 70 a favor y en contra de la resocialización.

En el contexto de la criminología crítica, BARATTA ⁷⁸⁸ afirma que se debe, a pesar de todo, “mantener como base realista el hecho de que la cárcel no puede producir efectos útiles para la resocialización del condenado y que por el

⁷⁸⁸ BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social. Por un concepto crítico de reintegración social del condenado*. Ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”, organizado por Comisión Andina de Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de septiembre de 1990, in www.inau.gub.uy/biblio/pmb/opac_css/index.

contrario, impone condiciones negativas en relación con esta finalidad.” Pero, añade que “a pesar de esto, la finalidad de una reintegración del condenado en la sociedad no debe ser abandonada, sino que debe ser reinterpretada y reconstruida sobre una base diferente.” Sucede que la reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, “sino que debe perseguirse a pesar de ella, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad.” Y acrecienta: “desde el punto de vista de una integración social del autor de un delito, la mejor cárcel es sin duda, la que no existe.” En ese modo de ver la cuestión, no existe cárcel buena y útil para esta finalidad. No obstante, BARATTA afirma que “hay cárceles peores que otras” en el sentido de que la diferenciación valorativa es importante para individualizar políticas de reforma aptas para hacer menos dañoso el instituto de la reintegración social.⁷⁸⁹ La defensa que hace de la reintegración social, pese a sus severas críticas a las posiciones idealistas, puede ser resumida en estas palabras:

⁷⁸⁹ BARATTA dice preferir el concepto de “reintegración social” a los de “resocialización” y de “tratamiento”. Para él, “tratamiento” y “resocialización” presuponen un papel pasivo del detenido y uno activo de las instituciones, o sea, son residuos anacrónicos de la vieja criminología positivista que definía al condenado como un individuo anormal e inferior que debía ser readaptado a la sociedad. En cambio – aduce – “el concepto de reintegración social requiere la apertura de un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad, en el que los ciudadanos reclusos en la cárcel se reconozcan en la sociedad externa y la sociedad externa se reconozca en la cárcel”. – Conf. su ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”, septiembre de 1990, en Lima, traducción de Mauricio Martínez, *in* www.inau.gub.uy/biblio/pmb/opac_css/index.

“Cualquier paso que pueda darse para hacer menos dolorosas y dañosas las condiciones de vida de la cárcel, aunque sea sólo para un condenado, debe ser mirado con respeto cuando esté realmente inspirado en el interés por los derechos y el destino de las personas detenidas, y provenga de una voluntad de cambio radical y humanista y no de un reformismo tecnocrático cuya finalidad y funciones sean las de legitimar a través de cualquier mejoramiento la institución carcelaria en su conjunto.”

Pero entendemos que independientemente de las diversas corrientes y opiniones que discuten la validez de la resocialización en el ámbito de la cárcel, los derechos sociales básicos de los presos deben ser asegurados, a ejemplo de la educación, salud y trabajo interno, pues la única pena sufrida por ellos es la de supresión de la libertad, lo que ya es un gravamen de extremo tenor punitivo. Por tanto, cuando se produzca una prestación deficiente o inexistente por parte del Estado, puede el Poder Judicial, con base en una interpretación sistémica de todo el ordenamiento jurídico aquí subrayado, instar a los órganos del Ejecutivo a promoverla. Las prestaciones ⁷⁹⁰ que el Estado brasileño está obligado a proporcionar, y que desafortunadamente no consigue desarrollar, son básicas para el proceso de resocialización, aunque no alcancen los resultados previstos y a pesar de que todas las críticas a la resocialización fuesen procedentes,

⁷⁹⁰ Conf. arts. 10 y 11 de la Ley nº7210 de 11 de julio de 1984.

siguen siendo esenciales para garantizar el “estándar elemental” sin el cual no se puede hablar del principio de la dignidad de la persona humana. Además, las prestaciones que integran el proceso de resocialización son inherentes a la aplicación de la pena privativa de libertad, no pudiendo esta existir sin la garantía del cumplimiento por parte del Estado de dichas prestaciones.

3.8. A modo de conclusión

“No es posible reducir la turbulenta actividad de los hombres a un orden geométrico sin irregularidad y confusión. Al modo que las leyes simplísimas y constantes de la naturaleza no pueden impedir que los planetas se turben en sus movimientos, así en las infinitas y opuestísimas atracciones del placer y del dolor no pueden impedirse por las leyes humanas las turbaciones y el desorden. Ésta es la quimera de los hombres limitados, siempre que son dueños del mando. (...) ¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos...”

Cesare Beccaria⁷⁹¹

La resocialización, o en otras palabras, la prestación de derechos sociales en las cárceles, es un tema clave en el ámbito de la Política criminal, de la Dogmática penal y de la propia Criminología. Unido esto a la condición de la norma

⁷⁹¹ CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*. Madrid, 2011, Alianza Editorial, traducción de Juan Antonio de las Casas, pág.115-116

Constitucional en España⁷⁹² y en Brasil⁷⁹³ – su efectividad ha sido perjudicada por una parte relevante de la sociedad que desea la pena privativa en calidad de prevención general, de naturaleza retributiva del hecho y punitiva del autor.⁷⁹⁴ Es notorio, así, que hubo un desplazamiento en muchos países, también en Brasil, del discurso oficial sobre la cárcel, de la prevención especial positiva (resocialización) hacia la prevención especial negativa (neutralización, incapacitación).

Esa postura tiene influencia directa en la formulación de los presupuestos públicos, lo que se traduce en el bloqueo de los fondos necesarios para atender adecuadamente las demandas del sistema penitenciario, en especial la lucha contra la sobrepoblación y la atención de los servicios sociales básicos. En Brasil la respuesta social y legislativa ante la violencia en el país ha sido encarcelar cada vez más, endurecer más las penas, en una dirección contraria a la corriente doctrinal que defiende la despenalización y la desprisonalización.⁷⁹⁵ El derecho penal mínimo – que se impone actualmente – debe ser pues reducido para ser más eficiente y de ese modo poder combatir la gran criminalidad, o

⁷⁹² En España, por mandato del Art.25.2 de la Constitución, y en Brasil por cuenta del Art. 5º, XLVI, 1ª parte, también de la Constitución, combinado con la legislación infra constitucional y ordinaria.

⁷⁹³ Enmienda Regimental nº 01/10 del CNJ, decurrente de la Emenda Constitucional nº 45/2004 – DOU 31.12.2004, así como la Ley 7.210 de 11.7.1984.

⁷⁹⁴ En ese sentido la encuesta realizada por la Secretaria Nacional de Derechos Humanos y presentada en este trabajo – pág. 4.

⁷⁹⁵ Entre otros, LUIGI FERRAJOLI, ALESSANDRO BARATTA, WINFRIED HASSEMER, SEBASTIAN SCHEERER, NORBERTO BOBBIO, EUGENIO RAUL ZAFFARONI e IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

sea, los delitos más graves, los que atentan contra la vida y la integridad personal. El derecho penal mínimo también es “garantista” en la medida que adopta las técnicas de “defensa de los derechos de libertad, sobre todo la libertad personal, frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias”. Derecho penal mínimo y garantismo, como términos sinónimos, tienen vinculación con la tradición del pensamiento liberal clásico.⁷⁹⁶

Pero la inflación legislativa ha transformado el derecho penal “en una fuente oscura e imprevisible de peligros para cualquier ciudadano” y por consiguiente redujo las garantías, aumentó el arbitrio y ha puesto en riesgo la credibilidad del derecho penal.⁷⁹⁷ La manera de castigar es otro tema que no puede pasar sin una evaluación. La cárcel como “reina de las penas” ha llegado a su punto más encumbrado de saturación. La prisión no era el castigo sino la ante-sala de los horrores. Con el tiempo pasó a ser el propio horror, pues conservó muchos de los elementos de la aflicción corporal de las penas corporales antiguas y aún añadió la aflicción psicológica, resultado del tiempo de duración de la pena en las cárceles con todas las secuelas que de ahí derivan.

Ahora la realidad apunta a su reducción, a su excepcionalidad, para que la pena de prisión sea de hecho la excepción y no la regla general. La pena privativa de libertad tiene elementos informales de carácter accesorio que acaban

⁷⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid, Trotta, 2008, pág.192

⁷⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid, Trotta, 2008, pág. 202.

por comprometer la mayor parte de los otros derechos de los reclusos, imponiendo al detenido o condenado una especie de “punición-extra”, que no consta ni en los fallos judiciales ni tampoco en la legislación penal, pero que, sin embargo, está presente en el día a día de la ejecución penal.⁷⁹⁸

Las ideologías políticas han conseguido, en el curso de la historia, amalgamar los derechos penales de distintas épocas. La ilustración, con BECCARIA, MONTESQUIEU, CONDORCET, ROUSSEAU y la Declaración de los Derechos del Hombre (1789), fue el gran punto de partida para la evolución del pensamiento penal. El derecho penal mínimo y garantista deducido por FERRAJOLI,⁷⁹⁹ es así un intento de ajustar el iuspositivismo dogmático, la política criminal y la criminología a un “modelo ideal del estado de derecho”, que BOBBIO con mucha propiedad afirma entenderlo “no sólo como estado liberal protector de los derechos de libertad, sino como estado social, llamado a proteger también los derechos sociales”.⁸⁰⁰ Así, derecho penal mínimo y garantismo no excluyen los derechos sociales en las cárceles pues de la misma manera que

⁷⁹⁸ Conf. PAULO QUEIROZ, “Quien aboga por un derecho penal mínimo considera que es necesario trabajar con el máximo de políticas sociales y con un mínimo de derecho penal; que el derecho penal es una forma subsidiaria/auxiliar de gestión política de conflictos de la comunidad, no la única ni principal forma de abordarlos o resolverlos. Como decía Alfonso de Castro (1492-1558), filósofo salmantino del siglo XVI, el derecho penal es la fortaleza y las armas de otros derechos, los sociales inclusive”. - www.pauloqueiroz.net/entrevista-concedida-pelo-autor.

⁷⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 10ª edición, 2011.

⁸⁰⁰ BOBBIO, Norberto, *in* el prólogo del libro *Derecho y razón* de FERRAJOLI. Ob. cit., pág.16.

el estado democrático y social de derecho hace la síntesis de los derechos de libertad con los derechos de igualdad –, el garantismo penal pugna por la libertad personal, frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias al tiempo en que garantiza los derechos sociales básicos a los que viven en el interior de las cárceles. El garantismo penal se completa, en ese sentido, con el garantismo social.⁸⁰¹

De hecho, los derechos sociales como universales que son, no pueden ser sustraídos a los presos porque al ser la pena privativa de libertad, no debe afectar los demás derechos, atendidas la seguridad interna y la rutina carcelaria. La idea de la resocialización o de re-integración, como prefiere WASSEMER,⁸⁰² no es incompatible con el derecho penal mínimo. El planteamiento hecho por FERRAJOLI y otros autores es, en un plan ideal, “destronar la reclusión carcelaria de su papel de pena principal” y, si no abolirla, “al menos reducir drásticamente su duración y transformarla en sanción excepcional”.⁸⁰³ Pero una vez utilizada la pena de prisión la resocialización es inevitable puesto que le es inherente.

⁸⁰¹ Conf. ROXIN, “La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica” – *apud* GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Verdugo. *Viejo y nuevo derecho penal*. Madrid, Iustel, 2010, pág. 103. Ver también el primer capítulo de este trabajo, titulado “Liberalismo económico y derechos sociales: una síntesis posible”, pág. 2-58.

⁸⁰² HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2005, pág. 373-374, traducción de Pablo Rodrigo Alflen da Silva del título original *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990.

⁸⁰³ FERRAJOLI, *in Democracia y garantismo*. Ob. cit., pág.203

Se pueden, sin embargo, criticar con fundamento en la ideología liberal las acciones de resocialización como “tratamiento” penal o como método para “modificar” la conducta del preso por entender que violan la esfera de la libertad individual -, pero los derechos sociales, aunque no estén vinculados a ninguna política de resocialización, son exigibles no por su naturaleza de “prevención especial positiva”, de vinculación legislativa, sino por su categoría de auténticos derechos fundamentales y por tanto de rango constitucional. La administración que no garantice los derechos sociales básicos en la cárcel, se constituye en déficit constitucional susceptible, por lo tanto, de control judicial. Entiendo, así, con permiso de los que tienen opinión diferente, que la resocialización debe ser un “proceso espontáneo”, mediante la efectividad de los derechos sociales, con especial énfasis en el derecho a la educación. Si el derecho penal mínimo reduce, en teoría, la necesidad de más y más cárceles, sin embargo la situación actual de sobrepoblación no puede aguardar *pro tempore* a que sus efectos lleguen a las penitenciarias. Y en un ambiente sobrepoblado se hace más dificultosa la efectividad de derechos como la salud, la educación y la asistencia jurídica. Por otro lado, el principio constitucional de la dignidad humana (art. 1º, III, CF) que es uno de los fundamentos de la República brasileña, se ve con frecuencia violado en su contenido, así como el art.5º, III de la Constitución que establece que nadie será sometido a la

tortura ni a tratamiento inhumano o degradante. La apertura, en los dos últimos años, en el Estado de Maranhão, de 983 nuevas plazas carcelarias, ha permitido reducir en buena medida esta aflictiva y degradante situación aunque el déficit presos/plazas, incluyendo los que están en las comisarías de policía, esté próximo de los 2.000.

Con la creación de la Secretaría de Justicia y de Administración Penitenciaria en el Estado de Maranhão en enero de 2011, se estableció como política pública prioritaria la regionalización del sistema, mediante la apertura de nuevas plazas y construcciones de nuevas unidades; la garantía de los derechos sociales básicos, sobre todo los de educación, salud, asistencia jurídica y psicosocial; también la informatización del sistema con cámaras de video vigilancia y digitalización del prontuario de los presos, para un mejor control por parte de los operadores judiciales y de la administración pública, del flujo de entrada y salida de penados y detenidos.

Con los derechos sociales básicos y demás medidas adoptadas, aunque no completamente realizadas en todo el sistema, fue posible contener la violencia interna y reducir en 87,87% los asesinatos y en 26,5% el índice de encarcelamiento en el Estado, incluyendo los presos provisionales. Las tasas de reincidencia han bajado pero no hay datos fiables para medir, con precisión, la relación entre causa (derechos sociales) y efecto (readaptación social), ya que otros elementos también interfieren en ese resultado.

El Plan educacional que se desenvuelve actualmente, no tiene la intención de imponer una determinada orientación, pues, conforme la filosofía del educador brasileño PAULO FREIRE, “el respeto a la autonomía y a la dignidad de cada uno es un imperativo ético y no un favor”. Y más: “El hombre debe ser sujeto de su propia educación. No puede ser el objeto de ella. Por ello, nadie educa a nadie.”⁸⁰⁴ AFONSO SALLA así entiende el proceso educacional en las cárceles: “por más que la prisión sea incapaz de resocializar un individuo, hay un gran número de detenidos que deja el sistema penitenciario y abandona la delincuencia porque tuvo la oportunidad de estudiar”.⁸⁰⁵ Pensamiento que es completado por la síntesis de DANIELA CHAMMAS: “Aunque la reinserción sea imposible, la educación permanece como derecho. La educación es, para la gran mayoría de los presos, la primera – y tal vez la única – oportunidad de comprender su historia y de intentar desarrollar un nuevo proyecto de vida.”⁸⁰⁶ El Plan educacional, sigue, así, el currículo normal suministrado en el medio libre, a la vez que los cursos profesionales⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1987, pág. 27-28.

⁸⁰⁵ AFONSO SALLA, Fernando *in As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo, Editora Annablume, 1999.

⁸⁰⁶ CHAMMAS, Daniela. “A educação no cárcere”. Brasília, Revista Prática Jurídica, Editora Consulex, 2011, nº 114, pág.60.

⁸⁰⁷ MIGUEL DE UNAMUNO, en artículo publicado en “La Nación”, el 12 de septiembre de 1915, decía: “Abrigo la convicción de que es poco, muy poco, casi nada, lo que se puede innovar en materia de procedimientos y métodos pedagógicos. La manera de enseñar está secularmente fijada (...). Lo que necesita el maestro es menos pedagogía, y más filosofía, mucha más filosofía, y más humanidades, muchas más humanidades.” Conf.

Los datos aquí expuestos indican que la realidad carcelaria de Brasil, se presenta lejos de los requisitos necesarios para poder cumplir las funciones de resocialización, además de que los estudios de los efectos de la cárcel sobre la carrera criminal, han invalidado ampliamente la hipótesis de la resocialización del delincuente a través de la cárcel. BARATTA,⁸⁰⁸ también defensor del derecho penal mínimo, sostiene, entonces, que: “el punto de vista desde el cual afronto el problema de la resocialización en el contexto de una criminología crítica, es que se debe mantener como base realista el hecho de que la cárcel no puede producir efectos útiles para la resocialización del condenado y que por el contrario, impone condiciones negativas en relación con esta finalidad.” Pero incluso así, entiende que la finalidad de una reintegración del condenado en la sociedad no debe ser abandonada, “sino que debe ser reinterpretada y reconstruida sobre una base diferente.” Y es sobre la base de una “resocialización espontánea” que estamos en este trabajo intentando reinterpretar - no la finalidad - pero el *modus operandi* de trabajar el concepto de resocialización en el sistema penitenciario, bajo los principios de la igualdad del Estado de Derecho.

BLANCO PRIETO, Francisco, *in Unamuno. Profesor y Rector en la Universidad de Salamanca*. Salamanca, Ediciones Antema, 2011, pág. 570.

⁸⁰⁸ BARATTA, Alessandro. *Por un concepto crítico de reintegración social del condenado*. Lima, 17 de septiembre de 1990. Ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”. Organización: Comisión Andina de Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social.

La legitimidad judicial para garantizar el proceso de resocialización, así entendida, antes de ser considerada una garantía emanada del instituto jurídico de la “prevención especial positiva”, es sobre todo una garantía que tiene sus fundamentos en los derechos fundamentales del Estado social y democrático de Derecho – pues antes de hablar de “resocialización” se debe hablar de “garantizar los derechos sociales” – sin tener, por ello, la preocupación de suministrar “tratamientos” que, en último análisis, interfieren en la esfera individual y personalísima del preso.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.

Como consecuencia de todo lo que ha sido expuesto hasta ahora, en las tres partes en que se ha dividido este trabajo, infiriéndose que las constituciones de los Estados sociales y democráticos de Derecho, como instrumentos jurídico-políticos de poder, al señalar una dirección a la vida política, económica y social de una nación, reflejando los propios anhelos de la sociedad y quizá, en relación a algunos atributos, de la propia cultura de toda una civilización, son imprescindibles, por sus principios y fundamentos y como punto de partida, para el estudio de la legitimidad judicial para garantizar los derechos sociales, como parte integrante que son de los derechos fundamentales, incluso en las cárceles. En ese contexto y siguiendo la disposición del desarrollo del tema, concluimos a continuación bajo las premisas que previamente han sido expuestas.

Parte I

La garantía de los derechos sociales es la base para el desarrollo de los Estados sociales y democráticos de Derecho que no podrán subsistir como tales sin promover iguales oportunidades en el acceso a los bienes primarios de la colectividad o sin permitir que los sujetos de derechos subjetivos puedan concretar sus derechos a los derechos sociales a través de medidas judiciales cuando éstas sean las

apropiadas. La garantía de un estándar elemental de dignidad a los postulantes aun cuando falte la norma infraconstitucional o las condiciones económicas favorables, debe ser interpretada en coherencia con los dictámenes de la justicia social. De ese modo, la prestación de servicios públicos esenciales debería ser compelida o corregida por parte de los tribunales, cuando esté ausente o sea insuficiente, ante la necesaria conjugación de la democracia, desarrollo y derechos humanos, fuentes de su legitimidad en el marco del liberalismo social. Al contrario, la no concreción de los derechos sociales en esas circunstancias, significaría reducir o incluso anular su eficacia, además de hacer relativa su universalidad.

El Estado Social deberá adaptarse a la nueva economía, que utiliza nuevos medios de producción y que tiene en el capital humano su principal motor. Su evolución pretende poder continuar intentando garantizar en el ámbito económico el estándar elemental, de tal modo que pueda asegurar la dignidad de la persona humana y, en aras de la política, la desafiante síntesis de promover y garantizar igualdad con libertad. Para ello, sus intervenciones en la economía de mercado deberán ser matizadas con el objetivo de asegurar las conquistas históricas del liberalismo, sobre todo en el ámbito de los derechos civiles y políticos, teniendo en cuenta que no se da la incompatibilidad entre los derechos de igualdad y los de libertad. La tensión en la efectividad de los sistemas de libertad e igualdad tiene más de retórica política-ideológica que de antinomia entre las dos categorías de derechos fundamentales.

Por tanto, no se configura como legítimo en el ámbito democrático suprimir o reducir, aunque sea parcialmente, la libertad individual en nombre de una mayor igualdad social o, a la inversa, en nombre de la garantía de una mayor libertad individual restringir o eliminar la igualdad social de la mayoría.

Las cláusulas-parámetros que se insertan en el ordenamiento jurídico-constitucional de todos los países democráticos – v.g. la separación y contención de los poderes y los derechos fundamentales, resultado de una larga evolución del pensamiento político, a desembocar en una especie de “estatuto de la humanidad” – hay que entenderlas como un núcleo inmune a las manipulaciones ideológicas ocasionales, por el consenso universal que en su día obtuvieran. Entre tanto, en relación a su interpretación, y consecuente aplicación en el caso concreto, es patente su disenso. Ocurre, de esa forma, como hemos visto, un efectivo desacuerdo sobre cómo los valores de la libertad y de la igualdad son realizados de la mejor forma posible en la estructura básica de la sociedad. Es un conflicto que pertenece a la propia tradición del pensamiento democrático, al enfrentamiento entre las ideas de LOCKE y de ROUSSEAU.⁸⁰⁹

Los derechos sociales y, como es obvio, el Estado social, son fruto de una penosa evolución histórica y constituyen, al lado de las libertades y garantías, la cara y cruz de una misma

⁸⁰⁹ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica*. São Paulo: Lua Nova, n. 25, 1992, pág. 25-59, trad. de Régis de Castro Andrade.

moneda que brilla en el constitucionalismo contemporáneo junto con la insignia de los derechos fundamentales. De cualquier modo, y a despecho de ese enfrentamiento, permanecen indisociables, aunque fuertemente entrelazados, para sostener la democracia liberal social, dos de sus más significativos pilares, síntesis de los derechos civiles y políticos, por un lado, y de los derechos sociales, económicos y culturales, por otro: libertad con igualdad, "las pasiones de Rousseau",⁸¹⁰ los cimientos de la ciudadanía. El liberalismo social, siendo una doctrina política, reúne principios de todas las corrientes de pensamiento que abrazan la causa de la libertad con igualdad social. Está, por tanto, abierto a todas las prácticas políticas que sigan por ese mismo camino, sin prejuicios ideológicos, conscientes de que el liberalismo social se ha construido a lo largo de la historia de la humanidad y que reúne, así, sus principales conquistas en el campo económico, político y social.

El Estado social, fiel a esos principios, no separa la libertad política y económica de la preocupación por la dignidad humana. Aquellas sólo tendrán razón de ser si se centran en el hombre como ser social. Ningún tipo de política pública se sustenta, por estos principios, si no tiene en cuenta en su planteamiento y en sus resultados a la persona humana, en el sentido de garantizarle la igualdad de oportunidades, lo que significa ofrecerles las condiciones mínimas para una vida

⁸¹⁰ En la expresión acuñada por GUILHERME MERQUIOR, José, *in Socialismo e Liberalismo*. Rio de Janeiro, Editorial Nórdica, 1992, pág. 133.

social digna. La desigualdad natural que existe entre las personas no puede, bajo ningún concepto, servir como pretexto o justificación para que las condiciones de vida sigan siendo humillantes. La pobreza que alcanza a la mayoría de la población mundial no es una fatalidad histórica o una deformación estructural sobre la que nada se puede hacer; es, ante todo, una contundente denuncia que apunta hacia la incapacidad política de los gobernantes. De ahí la necesidad de una política social compensatoria en muchas y diversas circunstancias, sin olvidarse de que el Estado social no es lo mismo que un Estado asistencial, con el evidente daño que acarrea en cuanto a la eficiencia y a los resultados.⁸¹¹ El liberalismo social también cree que el libre mercado es imprescindible, aunque sin aflojar las funciones esenciales del Estado, incluso para intervenir y controlar el propio mercado en casos de desvíos. Para esa corriente liberal, el poder político jamás debe estar al servicio del poder económico.

Pero la gran oposición que se da en este campo de la persecución de políticas públicas dirigidas a hacer efectivos los derechos sociales se sitúa en el corazón del sistema financiero de los gobiernos, en la elaboración presupuestal, en el enfrentamiento entre los que defienden una intervención más desarrollada del aparato estatal por no creer en las fuerzas de autoajuste de la economía (KEYNES), y los que, por el

⁸¹¹ ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. "O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social", in *Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados: Justiça, realidade e utopia*. Brasília, OAB, Conselho Federal, 2000, vol. I, pág. 69.

contrario, pregonan la ineficiencia crónica de políticas sociales promovidas por el gobierno. Para estos, el Estado cumple bien su finalidad y se sitúa más cerca de las condiciones que favorecen el bienestar social cuando deja todo al criterio de la economía de mercado, ya que los individuos, en la búsqueda del lucro y la expansión de sus actividades, acaban por realizar mejor los intereses sociales que el propio gobierno (SMITH).

En este panorama, escindido por distintas visiones, la supuesta escasez de recursos no puede eximir al Estado de implementar políticas públicas que aseguren a todas las personas un "estándar elemental de dignidad", una especie de plataforma en donde todos los derechos sociales estén contenidos, por debajo del cual la supervivencia humana no puede ser tolerada.⁸¹² Los Estados sociales y democráticos solo podrán subsistir como tales en el caso de que promuevan la igualdad de oportunidades en el acceso a los bienes primarios de la colectividad, incluso mediante medidas judiciales aseguradoras. En este paso, la hermenéutica constitucional debe considerar, una vez evaluadas las circunstancias, una efectiva interrelación entre democracia, desarrollo y derechos humanos.⁸¹³

⁸¹² Léase: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

⁸¹³ Para GOMES CANOTILHO, "la efectuación real de la libertad constitucionalmente garantizada no es hoy sólo tarea de la iniciativa individual, pues es suficiente hacer notar que, incluso en el campo de las libertades clásicas (por no hablar de los derechos sociales, económicos y culturales), no es posible la garantía de la libertad sin intervención de los poderes públicos" – GOMES CANOTILHO, J.J., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Dykinson, 2003, pág. 67.

En ese escenario, el garantismo social, que FERRAJOLI designa como el conjunto de garantías encaminadas a satisfacer los derechos sociales, como los derechos a salud, a la educación, al trabajo y otros más, se extiende, también, a las personas encarceladas, como auténticas garantías procesales en la fase de la ejecución de la pena. La legitimidad del poder judicial para asegurar esos derechos fundamentales al imputado, reo o detenido, cuando hubiera omisión administrativa, tiene como fuente los principios y valores constitucionales originarios de la Ilustración que deberán llegar también hasta el fondo de las cárceles.

Parte II

En la conformación de ese contexto jurídico-político-social, inherente a los principios básicos de las constituciones democráticas, es en el que se sitúa la legitimidad judicial para la garantía de los derechos. La Constitución brasileña, en el § 1º del artículo 5º, en comparación con el ítem quinto, parte primera, de la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena (1993), la cual, como vimos, proclama que "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados", defiende como conclusión lógica que las normas que definen los derechos económicos, sociales y culturales deben ser interpretadas en el sentido de

garantizarles aplicación inmediata generando, de esta forma, derechos a sus titulares.

De esta manera, por lo que hemos visto, las “normas-programa”, específicamente en el campo de los derechos sociales, no representan “meras recomendaciones” o “preceptos morales con eficacia ético-política, de naturaleza meramente directiva”, sino que se establecen como firmes parámetros para el ejercicio de un efectivo control judicial, sobre todo en países como Brasil que tienen un enorme déficit social. Aún más, y especialmente cuando estuviese en causa una cuestión relacionada con la constitucionalidad de las normas ordinarias que eventualmente restrinjan o contradigan los derechos sociales.

El estudio presentado conlleva la afirmación de que hay derecho público subjetivo-social en Brasil, especialmente respecto al estándar elemental de derechos, en contraste con su necesaria conformación a los imperativos de justicia social preconizado en su Carta política. La interpretación de los derechos reconocidos en los Pactos debe ser la más amplia posible. Por lo tanto, el § 1º del artículo 208 de la Constitución brasileña sería una especie de “norma síntesis” para los derechos sociales, al establecer que “El acceso a la enseñanza obligatoria es gratuito y es un derecho público subjetivo”.

Los tribunales constitucionales, en cuanto órganos del poder estatal, tienen que cumplir, en materia de derechos fundamentales, un papel eminentemente político al incluir a

sus jueces en un proceso de creación activa de las condiciones sociales en la comunidad y al buscar soluciones exigidas por los fines e intereses sociales. De la misma manera que emiten una censura pública contra la omisión legislativa tienen el poder-deber de obligar al Ejecutivo reticente a prestar la obligación ineludible. La conversión de los derechos subjetivos en prestaciones materiales puede hacerse a partir de la judiciabilidad de las políticas gubernamentales.

Así, al lado de su función preponderante – que es la de juzgar – debe adquirir importancia y valoración en su función atípica, pero no menos importante y legítima, que es la de establecer, para que pueda compartir con los demás poderes la promoción del bienestar social (art. 3º de la CF brasileña) y la realización de la justicia social. En este sentido, la actividad jurisdiccional debe integrar los elementos jurídico, sociológico y político, puesto que los tribunales, al decidir sobre los derechos sociales constitucionalmente tutelados, acaban decidiendo las bases de la organización social. El principio de la proporcionalidad, anclado en la dignidad de la persona humana, debe prevalecer sobre los demás principios que, en la sede de la aplicación de los derechos sociales fundamentales, no podrán tener la misma primacía. De esta forma, la legitimidad de la concreción de los derechos sociales por parte

del poder judicial reside en el principio de la supremacía constitucional.⁸¹⁴

Las atribuciones del Poder Judicial brasileño en situaciones semejantes revela, con propiedad, algunos de los fundamentos que sostienen la tesis defendida en nuestro trabajo de que siendo el Poder Judicial un órgano de la soberanía de un país, su función política y su legitimidad para garantizar los derechos sociales no vulneran la esfera de competencia de los demás poderes. El STF de Brasil considera que esa atribución conferida a sus juzgados pone en evidencia la “dimensión política de la jurisdicción constitucional” con relación a la cual no puede dejar de “hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se identifican, en cuanto derechos de segunda generación con las libertades positivas, reales o concretas–, a riesgo de que el Poder Público, por violación positiva o negativa de la Constitución, comprometa, de manera inaceptable, la integridad del propio orden constitucional.”⁸¹⁵

Bajo ese enfoque, la hipótesis en la que hemos trabajado se basa en la idea de que la legitimidad judicial en la garantía de los derechos sociales, incluso en las cárceles, depende en gran medida de la eficacia de los instrumentos procesales de que dispone el ciudadano para el ejercicio de estos derechos, e incluso con una clara comprensión de la función del Poder

⁸¹⁴ BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra, Coimbra Editora, Tomo I, 2002

⁸¹⁵ RTJ 164/158-161, Rel Min. Celso de Melo in ADPF/45 STF.

Judicial en el ámbito del Estado Social y Democrático de Derecho. Para conferir eficacia forzada al derecho subjetivo material, de naturaleza social-fundamental, y buscar en el Poder Judicial esa actividad creadora, dispone la sociedad brasileña de algunos instrumentos jurídicos que el derecho procesal ofrece.

Los individuos tienen, así, en el campo de los derechos sociales, el derecho a la acción que los capacite para exigir una prestación o, como sanción, el derecho a obtener una indemnización. Existe, de este modo, al fundamentar ese derecho a la prestación, una imprescindible e imperiosa conformación a los principios constitucionales de justicia social los cuales fueron firmemente enunciados en las Cartas políticas, tanto del Brasil como de Portugal y España. Corresponde, por lo tanto, al Poder Judicial, investirse de la misma legitimidad de los demás poderes para concretar los fines constitucionales, entre los cuales se insertan los derechos sociales aquí tratados. Respecto al cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se debe tener en cuenta que la interpretación de esos derechos se hace de la forma más amplia posible.

La fuente ética y el presupuesto de los derechos sociales es el principio constitucional de la dignidad de la persona humana. Esa dignidad es una cláusula abierta que asegura a todos los individuos el derecho a la misma consideración y

respeto, siendo el propio ethos de la moralidad democrática.⁸¹⁶ La garantía de los derechos fundamentales sociales, en su estándar elemental, no depende de su condicionamiento económico o de la "reserva de lo posible", ya que es una exigencia del principio constitucional de la dignidad de la persona, de la igualdad jurídica y del propio concepto de democracia. Compete al Poder Judicial, frente a las normas constitucionales de derechos sociales, efectuar la integración del derecho al orden jurídico, convirtiéndolo así en eficaz y ejecutable.

Parte III

La garantía de los derechos sociales en las cárceles va un poco más allá de promover la resocialización o el "tratamiento" de los penados. Tratase de garantizarlos también a aquellos que solamente tienen como condena la restricción de su libertad, extendiéndolos así a la comunidad encarcelada por los mismos principios garantizados a la sociedad activa. Su garantía, por ello, no puede estar condicionada a la ejecución de "programas resocializadores", o a "tratamientos" diversos que suelen ocurrir con base en el principio de la prevención especial positiva de la pena. Ni, mucho menos, sufrir cualquier restricción por cuenta de la adopción de la prevención especial

⁸¹⁶ RAMALHO RABENHORST, Eduardo. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília, Editora Brasília Jurídica, 2001.

negativa que sugiere la neutralización, incapacitación o inocuización del preso.

Los derechos sociales en las cárceles deben ser garantizados porque los fallos judiciales nos los excluye, tampoco la ley penal ni siquiera los principios generales de derecho. Atendidas la seguridad interna y la rutina carcelaria, los derechos sociales, como universales que son, deben llegar hasta los presos sin cualquier preocupación con “tratamientos” o procesos de resocialización. Es la condición humana la que exige su concreción en el interior de las cárceles y eso no depende de orientar o dirigir tales derechos para esa o aquella finalidad. Son derechos que en realidad no se vinculan a ninguna política de resocialización aunque por esta sean utilizados, pues su exigibilidad se fundamenta en su naturaleza constitucional y universal de auténticos derechos fundamentales. No obstante, si no existiesen las posibilidades de éxito en una “resocialización-tratamiento”, la manipulación del sujeto detenido como simple objeto carece de legitimación jurídica.

En ese sentido la resocialización, a nuestro modo de entender, debe ser un proceso “espontáneo” mediante la garantía de las condiciones materiales básicas de convivencia interna, sobre todo en el ámbito de la educación general y profesional, salud, asistencia jurídica, trabajo e instalaciones adecuadas. La esfera individual y personalísima del preso, principio basilar de los Estados de Derecho, su autonomía y

dignidad, aunque reducida al ambiente de la cárcel, deben ser respetadas para evitar los tratamientos y la resocialización obligatorios, dirigidos hacia una determinada orientación ideológica.

La resocialización “espontánea”, además de reducir la violencia en las cárceles, debe permitir una efectiva reintegración del penado en su vida de ex convicto. Es deseable una reconstrucción de toda actividad que puede ser ejercida como derechos del detenido, aunque considerando las condiciones desfavorables de la cárcel. Una interpretación progresista de los principios y de las normas constitucionales e internacionales, en consonancia con el principio de la igualdad del Estado social, es un imperativo de justicia social. Pero los datos expuestos en este estudio, muestran que la realidad carcelaria de Brasil, salvo en algunos puntos aislados, se presenta muy distante de los patrones mínimos para realizar la resocialización, ya sea “espontánea” o manipulada. Sin embargo, la ejecución penal en el Estado del Maranhão, en los años 2011 y 2012, obtuvo números significativos en función de las acciones de naturaleza social en las cárceles, sin ninguna intención de suministrar “tratamientos”. La violencia interna fue contenida y reducida en 87,87% en relación a los asesinatos verificados en los años antecedentes.

El Poder Judicial tiene un control amplio sobre el proceso de ejecución penal y específicamente sobre la resocialización de los presos. Disposiciones del Consejo Nacional de Justicia van

encaminadas hacia la reinserción social de los penados así como otros dispositivos de legislaciones regionales y nacionales que vienen a integrarse a los principios constitucionales y de derecho internacional. De este modo, cuando se produzca una prestación deficiente o en caso de omisión por parte del Ejecutivo, puede el Poder Judicial instar a los órganos estatales a perfeccionarla o suplirla. De hecho, aunque no alcancen los resultados previstos, las acciones sociales siguen siendo esenciales para garantizar el “estándar elemental”, punto de partida del principio de la dignidad de la persona humana.

Sin duda el reforzamiento del papel de la jurisdicción resultó ser una nueva y más fuerte legitimación democrática del Poder Judicial y de su independencia, sobre todo por cuenta de la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional. La jurisdicción pasa a tener una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones por parte de los poderes públicos. La sujeción del juez a la Constitución y su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos es el principal fundamento de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del Poder Judicial. La legitimidad judicial queda así establecida en función de la “intangibilidad de los derechos sociales”. Es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, en la que se conjugan los principios de

igualdad y de legalidad.⁸¹⁷ Por otro lado, la exigibilidad directa de los derechos sociales por vía judicial en el ámbito de la ejecución de la pena es perfectamente factible cuando la conducta exigible del Ejecutivo resulta claramente determinable una vez que no existe, como hemos visto, impedimento teórico para eso.⁸¹⁸

⁸¹⁷ Conf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 4ª edición, 2004, pág. 25-28

⁸¹⁸ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, 2ª edición, 2004, pág. 132-133.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFIA

A ALMOND, Gabriel, et al. *Diez textos básicos de ciencia política*. Barcelona, Ariel, 2001.

A. RITTER, Gerhard. *El estado Social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*. Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991

A.HAMILTON, J.MADISON y J.JAY. *El Federalista*. Prólogo y traducción de Gustavo R. Velasco del título original *The Federalist; a Commentary on the Constitution of the United States*. México, Fondo de Cultura Económica, séptima reimpresión, 2000.

ABA CATOIRA, Ana. *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, in *Los derechos sociales como derechos exigibles*, con prólogo de LUIGI FERRAJOLI. Madrid, Editorial Trotta, 2ª. Edición, 2004.

AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, Editora Malheiros, 3ª. Edição, 1998.

AFONSO SALLA, Fernando in *As prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo, Editora Annablume, 1999.

AJA, Eliseo. *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*. Madrid, Alianza Editorial, 2003.

ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel, et al. *Políticos y política en América Latina*. Madrid, Fundación Carolina, 2006.

ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

_____. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2008.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Gedisa Editorial, 2004.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales* (trad. Ernesto G. Valdez), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos Humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I, 5ª edición. Madrid, Editorial Tecnos, 2005.

ANNAN, Kofi A. Prefacio del libro *Direitos Humanos: conquistas e desafios*. Coordinación de Reginaldo Oscar de Castro. Brasília, Editora Letraviva, 1999.

ANTÓN MELLÓN, Joan, “El Liberalismo”, in *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Editorial Tecnos, 2004.

ANTÓN, Joan. “Las Ideologías Políticas – El Liberalismo”, in *Manual de Ciencia Política*. Madrid, Ed. Tecnos, 2ª edición y 4ª reimpresión, 2004

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. “Los derechos de ciudadanía en el Brasil, en el Mercosur y en la Comunidad de Lengua Portuguesa”, in *Congreso Portugal- Brasil año 2000*. Coímbra, 1999.

_____, Carmen Lúcia. “O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social”, in *Anais da XVII Conferencia Nacional dos Advogados: Justiça, realidade e utopia*. Brasília, OAB, Conselho Federal, 2000, vol. I.

_____, Cármen Lúcia. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1994.

APARICIO, Miguel A. *Introducción al sistema político y constitucional español*. Barcelona, Ariel, 7ª edición, 1994.

ARAGON REYES, Manuel, in *Libertades Económicas y Estado Social*, Madrid, Maite Vincueria, 1995.

ARAÚJO FILHO, Evilásio Correia de Araújo. *Cidadania e Legitimação do Judiciário*. Curitiba, Juruá, 2001.

ARAÚJO, Edmir Neto. *Do Negócio Jurídico Administrativo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1992.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Traducción de Roberto Raposo, del título original *The origins of totalitarianism*. São Paulo, Companhia das Letras, 4ª reimpresión, 2000.

-
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *in Economía y Estado: Crisis y Reforma del Sector Público*, Madrid, Marcial Pons, 1993.
- ARISTÓTELES, 384-322 a.C. *A Política*. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Bauru, São Paulo, Edipro, 1995.
- ARON, Raymond, *in Estudios Políticos*. Traducción de Sergio Bath. Brasília, Ed. UNB, 1980.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral, uma perspectiva Luso-Brasileira*. Lisboa, Editorial Verbo, 4ª. Edição, 1987.
- ATRIA, Fernando. “¿Existen derechos sociales?” *in XVI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, Azul, págs. 15 a 54, 2002.
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. *Los actos políticos del gobierno en el derecho español*. Madrid, 1978.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
- BAPTISTA MACHADO, João. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Porto, Almedina, 2002.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro, Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, vol. 37 (1910), tomo V, 1983.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *in La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Dykinson, 2000.
- BARROSO LEITE, Celso. *XXI – O Século do Desemprego*. São Paulo, Editota LTr, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo, Editora Saraiva, 1996.
- BARTLETT, Enric R. y DOLORES BARDAJÍ, M^a. *Del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales a los objetivos del milenio*. Barcelona, Bosch Editor, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.
- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Madrid, Alianza Editorial, 7ª reimpresión, 2011

BELLAMY, Richard. *Liberalismo e Sociedade Moderna*. São Paulo, Editora UNESP, 1994, traducción de Magda Lopes del título original *Liberalism and Modern Society*, 1992.

BELLOSO MARTIN, Nuria. *El control democrático del poder judicial en España*. Curitiba, Universidad de Burgos/Mohíno do Verbo, 1999.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y Nuevo Derecho Penal, principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid, Iustel, 2012.

BERGAMINI MIOTTO, Armida. *A violência nas prisões*. Universidade Federal de Goiania, 1992.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edición, 2005.

BERZOSA ALONSO-MARTÍNEZ, Carlos. *Los desafíos de la economía mundial en el siglo XXI*. ES, 2002, Tres Cantos, Nivola libros y ediciones.

BEVERIDGE, William H., in *O Plano Beveridge - com um estudo do Prof. MARQUES GUEDES*. Lisboa, Editorial Século, 342 páginas (sin fecha).

BICALHO DE SOUSA, Nair Heloisa. “Educação em Direitos Humanos e Emancipação”, in *Direitos Humanos – Percepções da Opinião Pública*. Brasília, Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

BIELSA, Rafael. *Princípios de derecho administrativo*. Buenos Aires, Librería y Editorial El Ateneo, 3ª. ed., 1963.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*. Coimbra, Coimbra Editora, Tomo I, 2002.

BLANCO PRIETO, Francisco, in *Unamuno. Profesor y Rector en la Universidad de Salamanca*. Salamanca, Ediciones Antema, 2011.

BOBBIO, Norberto, in el prólogo del libro de FERRAJOLI *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. Madrid, Editorial Trotta, 2011, 10ª edición.

_____. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Editora Campus, traducción de Carlos Nelson Coutinho, 2002.

_____. *A Teoria das Formas de Governo*. Brasília, Editora UNB, 2001.

_____. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Trad. João Ferreira, UNB, Brasília, 4ª ed., 1995.

_____. *Diário de um século: Autobiografia*. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1998, traducción de Daniela Beccaccia Versiani del título original *Autobiografia*, 1997.

_____. *Direita e Esquerda*. São Paulo, Vozes, 1995.

_____. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Brasília, Editora UNB, 1997, 4ª edición, traducción de Alfredo Fait.

_____. *El tiempo de los derechos*. Madrid, Editorial Sistema, 1991, traducción de Rafael de Asís Roig.

_____. *Locke e o direito natural*. Editora Universidade de Brasília, traducción de Sergio Bath, 1997.

_____. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo, Ed. Brasiliense, 1991, 3ª edición.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1997.

_____. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro, Editora Campus, traducción de Daniela Beccaccia Versiani, organizado por Michelangelo Bovero 2000.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, *in Dicionário de Política*. Editora Universidade de Brasília, 9ª edición, vol.2, traducción de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Cascais e Renzo Dini, 1997.

BÖCKENFÖRDE, E. Wolfgang. “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, *in Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de Juan Luis Requejo Pagés y Ignacio Villaverde Menéndez. Nomos, Baden – Baden, 1993.

_____. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. de Rafael de Agapito Serrano. Madrid, Editorial Trotta, , 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

_____. *Política e Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. *Ciência Política*. São Paulo, Malheiros, 10ª edição, 1997.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros Editores, 7ª. Edición, 1997.

BOUZA-BREY, Luis, “El Poder y los Sistemas Políticos” in *Manual de Ciencia Política*. Madrid, Editora Tecnos, 2ª edición y 4ª reimpresión, 2004.

BRAGA, Teófilo. *História das idéias republicanas em Portugal*. Lisboa, Vega, 1983.

CABRAL MONCADA, L. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra, Ed. Coimbra, 1995.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra, Almedina, 2001. vol. I, 10ª ed.

CALHEIROS BONFIM, Benedito, in “Justiça do Trabalho: Extinção ou Manutenção”, pág. 285, Vol. I; LA GARANDERIE, Dominique de, “Crise do Emprego”, pág. 307, Vol. I; GOMES, Gilberto, in “O Futuro da Justiça Trabalhista”, pág. 307, Vol. I; y RAMOS FILHO, Wilson, in “Direito ao Trabalho e Exclusão Social”, pág. 315, Vol.I., in *Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados: Justiça, realidade e utopia*. Brasília, OAB, Conselho Federal, 2000.

CAMPOS, Roberto. “Menos Estado e mais Mercado” in *Na Virada do Milênio*. Rio de Janeiro, Topbooks Editora, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília, Editora UNB, 1988.

CANTARO, Antonio. “El declive de la Constitución económica del Estado social” in *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*. Bilbao, Servicio Editorial de La Universidad del País Vasco, 1997.

CAPELLETTI, Mauro. “Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional” in *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas. Madrid, CEC, 1984.

_____. *Juizes legisladores?* Porto Alegre, Fabris Editor, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1984.

CARBONELL, Miguel. “La Garantía de los Derechos Sociales en la Teoría de Luigi Ferrajoli”, in *Garantismo*, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2005.

CARMONA CUENCA, Encarnación. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid, CES, 2000.

CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. Trad. equipe do Instituto de Letras da Puccamp. Campinas, São Paulo, Papirus, 1990.

CARRO Y FERNÁNDEZ VALMAYOR, José Luis. *Notas sobre la distinción entre actividad política y administrativa*. Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1969.

CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CASTRO RANGEL, Paulo. *Repensar o Poder Judicial*. Porto, Universidade Católica, 2001.

CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*. Madrid, 2011, Alianza Editorial, traducción de Juan Antonio de las Casas.

CHARLES EPPING, Randy. *Descomplicando a economía do século XXI*. São Paulo, 2010, BEI Editora, versión de Zsuzsanna Spiry del título original *The 21st-Century Economy: a beginner's guide*, 2009.

CHÂTELET, François *et al.* *História das idéias políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do Pensamento Político*. Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1983, traducción de Alvaro Cabral del título original *Histoire de la pensée politique*, 1979.

CHUECA SANCHO, Ángel G. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Barcelona, Editorial Bosch, 2ª edición 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

CONSTANT, Benjamin. *Política Constitucional*. Madrid, Ed. Taurus, 1968.

COSSIO DÍAZ, José Ramón. *Estado Social y Derechos de Prestación*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *Estado social y derechos sociales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989

COUTINHO, Carlos Nélson. *Marxismo e política: a dualidade de poderes e outros ensaios*. São Paulo, Cortez, 1996.

CRESPIGNY, Anthony de. *Ideologías políticas*. Trad. de Sérgio Duarte. Brasília: UNB, 1998.

CRETILLA Jr., José. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo:

Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid, CEC, 1987.

D'ÁVILA LOPES, Ana Maria. *Direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

DAHAL, Robert. *La poliarquía*. Madrid, 2002, Editorial Tecnos, traducción de Julia Moreno San Martin.

_____. *La Democracia – una guía para los ciudadanos*. Madrid, 1999, Grupo Santillana de Ediciones, traducción de Fernando Vallespín.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elemento de Teoria Geral do Estado*. São Paulo, Editora Saraiva, 20ª ed., 1988.

DE CASTRO E COSTA, Flávio Dino. *Autogoverno e Controle do Judiciário no Brasil*. Brasília, Editora Brasília Jurídica, 2001.

DE MASI, Domenico. *Desenvolvimento sem trabalho*. Versión de Eugênia Deheizelin del título original *Sviluppo senza lavoro*, Roma, 1994, Edizioni Lavoro. São Paulo, Editora Esfera, 1999.

_____. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade posindustrial*. Traducción de Yadir A. Figueiredo. Brasília, Editora da UnB, 3ª edición 2000.

_____. *O Ócio Criativo*. Entrevista a Maria Serena Palieri y versión de Léa Manzi, del título original *Ozio Creativo*, Rio de Janeiro, Editora Sextante 2000.

DE VEGA GARCÍA, Pedro. “En torno al concepto político de Constitución”, in *El Constitucionalismo en la crisis del Estado social*. Bilbao, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1997.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. de António José Brandão, revista e prefaciada por L. Cabral de Moncada. Coimbra, Armênio Amado, 1972.

DELFAUD, Pierre, in *As Teorias Económicas*. Traducción de Álvaro Cabral, revisión técnica de Jaques Kerstenetzky, del título original *Les Théories Économiques*, 1986. Rio de Janeiro, Editora Zahar, 1987.

DENT, N.J.H. *Dicionário Rousseau*. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 1996.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos*. São Paulo, Editora Max Limonad, 2002.

DESLANDES, S. F., ASSIS, S. G. de. “Abordagens quantitativa e qualitativa: o diálogo das diferenças”. In: MINAYO, M. C. de S., DESLANDES, S. F. (org.). *Caminhos do pensamento: epistemologia e método*. Rio de Janeiro, Fiocruz, 2002.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. *Sistema de derechos fundamentales*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2ª edición, 2005.

DREIFUSS, René Armand. *Política, poder, estado e força: uma leitura de Weber*. Petrópolis, RJ, Vozes, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino, del título original *Taking Rights Seriously*, 1984. Barcelona, Editora Ariel, 5ª reimpresión, 2002.

EDUARDO DE CARVALHO ZACARIAS, André. *Execução Penal Comentada*. São Paulo, Tend Ler, 2ª edición, 2006.

EDUARDO FARIA, José. (Organizador). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

_____, *Os novos desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo, Editora LTr, 1995.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo, Edit. Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES DE OLIVEIRA, Régis. *Ato Administrativo*. SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

FERNANDES JULIÃO, Elionaldo. “Educação e Trabalho como programas de reinserção social”, in *O espaço da prisão e suas práticas educativas*. São Paulo, Editora Universidade de São Carlos, 2011.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Tomás Y LÓPEZ PELÁEZ, Antonio in “El Estado de bienestar: orígenes y perspectivas”, in *Política Social y Estado de Bienestar*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid, Editorial Trotta, prólogo de Miguel Carbonell, 2008.

_____. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 10ª edición, 2011.

_____. *Derechos y garantías*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid, Editorial Trotta, 4ª edición, 2004.

_____. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Traducción de Andrea Greppi. Madrid, Editorial Trotta, 2ª edición, 2009.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo, et. al. *Teoria do Estado Contemporâneo*. Lisboa/São Paulo, Editorial Verbo, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia no Limiar do Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA PINTO DIAS GARCIA, Maria da Glória. *Da justiça administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*. Lisboa, Universidade Católica Editora, 1994.

FERREIRA, Odim Brandão. *Laiaali – A universalidade do problema hermenêutico*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

FERREIRA, Pinto. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1992.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Madrid, Editorial Nueva, prólogo de Pedro de Vega, 2001.

_____, *Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo*. Madrid, Editorial Dykinson, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis, Ed. Vozes, 1987.

FRÉDÉRIC HESSEL, STÉPHANE. *¡Indignaos!* Madrid, Editorial Destino, con prólogo de José Luis Sampedro, 2012.

FREIRE, Paulo. *Educação e Mudança*. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 2007.

_____. *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1987.

FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra, Ed. Almedina, vol. II, 2002.

_____, *Direito Administrativo. Lições aos alunos do curso de Direito*, vol. IV. Lisboa, 1987/88.

GADOTTI, Moacyr. “Educação como processo de reabilitação”, in *Presídios e Educação*. São Paulo, Funap, 1993.

GANDRA DA SILVA MARTINS, Ives. *Direito Constitucional Interpretado*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

GARCÍA COTARELO, Ramón. *Origen y desarrollo del Estado del Bienestar*. Madrid, SISTEMA nº 80-81, 1987.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*. Madrid, Cuadernos Civitas, 1997, reimpresión, 2000.

_____. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 3ª edición, 4ª reimpresión, 2001.

_____. *La lengua de los derechos*. Madrid, Civitas, 2001.

_____. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. Madrid, Civitas, 3ª. ed., 1995.

GARCÍA MORALES, Aniza Fernanda. *La justicialidad de los derechos económicos, sociales y culturales*. Madrid, Universidad Complutense, 2003.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1995.

GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Traducción de Saul Barata, del título original *Runaway World*. Lisboa, Editorial Presença, 4ª edición, 2002.

GIORGI, Beatriz Di; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (Coordenadores). *Direito, Cidadania e Justiça*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES CANOTILHO, J.J. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra, Coimbra Editora, 2ª. Ed., 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Editora Almedina, 6ª edición, 2002.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. *El Estado social, naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid, Civitas Editiones, 2002.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El principio de solidaridad en la Constitución Española*. Salamanca, Ratio Legis, prólogo de Rosa María Cárdenas Ortiz, 2012.

GONZALO, Eduardo y REQUEJO, Ferran. “Las democracias”, *in Manual de Ciencia Política*. Madrid, Editorial Tecnos, 4ª reimpresión, 2004.

GORDILLO, Agustín, et. al. *Derechos Humanos*. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 6ª edición, 2007.

GOUCHA SOARES, António. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

GOUVÊA MEDINA, Paulo Roberto de. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

GOZZI, Gustavo: “Estado Contemporâneo” in *Dicionário de Política*. Brasília, Editora UNB, 9ª ed., v.1, 1977.

GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o Estado moderno*. Trad. de Luiz Mário Gazzaneo. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira.

GUASTINI, Riccardo. *Teoría e Ideología de la interpretación constitucional*. Prólogo de Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1996

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. e apres. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Dykinson, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia, entre Faticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Editora Tempo Universitário, 1997.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

_____. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Traducción de Pablo Rodrigo Alflen da Silva del título original *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2005.

HAYEK, F. A., “Os principios de uma orden social liberal”, in *Ideologias Políticas*. Traducción de Sérgio Duarte del título original *Ideologies of politics*, Oxford University Press, 1975. Brasília, Editora UNB, 2ª edición, 1998.

_____. *Camino de servidumbre*. Madrid, Alianza Editorial, 2006

_____. *Os Fundamentos da Liberdade*. Traducción de Anna Maria Capovilla y José Ítalo Stelle, del título original *The Constitution of Liberty*, University of Chicago, 1972. Brasília-DF, Editora Universidade de Brasília, 1983.

HELLER, Herman. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. Versión de Waltensir Dutra del título original *Man's worldly goods*, Nueva York, 1959. Rio de Janeiro, LTC Editora, 22ª edición, revista y ampliada, 2011.

HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. São Paulo, Editora Atlas, 14ª edición, 1995.

J. BATISTA FREIJEDO, Francisco, et al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid, Tecnos, 2004.

JANER TORRENS, Joan David. *La promoción de los derechos humanos y de los principios democráticos en las relaciones exteriores de la Unión Europea: mecanismos jurídicos*. Barcelona, Atelier, 2005.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. México, FCE, 2000.

JIMENA QUESADA, Luis et. al. *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*. Valencia, Edición de Tirant lo Blanch, 2004.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *in Derechos Fundamentales – Concepto y garantías*. Madrid, Editorial Trotta, 1999.

JIMÉNEZ SERRANO, Pablo. *Metodologia do ensino e da pesquisa jurídica*. São Paulo, Editora Manole Ltda., 2003.

JOSÉ DE ANDRADE, Christiano. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.

JULIOTTI, Pedro de Jesus. *Lei de Execução Penal Anotada*. São Paulo, Editora Verbatim, 2001.

KÄGI, Werner. *La Constitución como Ordenamiento Jurídico Fundamental del Estado*. Madrid, Dykinson, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editora, 6ª. Edição, 1984.

_____. *A Justiça e o Direito Natural*. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Livraria Almedina, 2001.

-
- KEYNES, John M. *Teoria geral do emprego, do juro e do dinheiro*. São Paulo, Abril Cultural, 1983.
- KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre, Fabris Editor, 2002.
- L.A.HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edición, 2001.
- LEÃO, Renato Zerbini R. *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- LEITE SAMPAIO, José Adércio. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.
- LÉON DUGUIT. *Fundamentos do Direito*. Trad. de Eduardo Salgueiro, prólogo de Sergio Tamer. Porto Alegre, Fabris, 2005.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. “Intervenção do Estado no domínio econômico”, in *Direito Econômico*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999.
- LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*. Barcelona, Ariel, 2007.
- LIMA DE ARRUDA JUNIOR, Edmundo y RAMOS, Alexandre. *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*. Curitiba, Editora IBEJ, 1998.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Metamorfoses da cultura liberal*. Trad. de Juremir Machado da Silva del título original *Métamorphoses de la culture libérale*, Quebec, 2002. Porto Alegre, Editora Meridional, 2004.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Trad. de Magda Lopes y Marisa L. da Costa. Petrópolis, RJ, Editora Vozes, 1994.
- LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. Actualizado por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo, Malheiros Editores, 27ª edição, 2002.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio, et al. *Constitución Española y Constitución Europea*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- LÓPEZ-REY, Manuel. *Crime. Um estudo analítico*. Trad. de Regina Brandão. Rio de Janeiro, Editora Art Nova, 1973.
- LOPO SARAIVA, Paulo in “Direitos Fundamentais e Democracia”, *Anais da XVII Conferencia Nacional dos Advogados: Justiça: realidade e utopia*. Brasília, OAB, Conselho Federal, 2000.

_____. “Mandado de garantia social”, in *Perspectivas Constitucionais* (Org. JORGE MIRANDA), Vol. III, Coimbra Editora, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Madrid, Alianza Editorial, 2002.

M. VALLÈS, Josep. *Ciència política*. Barcelona, Ariel, 2003.

MACPHERSON, C.B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX*. Trad. de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991.

MAGALHÃES DA COSTA COELHO, Paulo. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo, Saraiva, 2002.

MAGIDE BIZARRO, Aquiles. *La institucionalización del parlamento en el proceso autonómico*. Zamora, UNED, 2010.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª edição, 2005.

MARINHO, Josaphat e ROSAS, Roberto (coordenadores). *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: conferências e estudos*. Brasília: UNB, 1982.

MARQUES GUEDES, Armando. *O Plano Beveridge com um estudo do Prof. Marques Guedes*. Lisboa: Editorial Século.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARSHAL, Theodore. *Cidadania e Classe Social*. Rio, Editora Zahar, 1967.

MARTINEZ DE PISÓN, José. “La efectividad de los derechos sociales: de las necesidades básicas al desarrollo humano” in *Derechos fundamentales, movimientos sociales y participación*. Madrid, Editorial Dykinson, 2003.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*. Barcelona, editorial Cedecs, 1997.

MARTINHO RODRIGUES, Sandra. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin*. Coimbra, Edições Almedina, 2005.

MARTINS DOS ANJOS, Luís Henrique y JONE DOS ANJOS, Walter. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo, Livraria do Advogado, 2001.

MÁRTIRES COELHO, Inocência. *Interpretação Constitucional*. Porto

Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. (Coordinação de la traducción, João Ferreira). Editora Universidade de Brasília, 9ª edição, 1997.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2001.

MCCULLOUGH, David. *1776. A história dos homens que lutaram pela independência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro, Ed. Jorge Zahar, 2006, traducción de Roberto Franco Valente.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990

MENEZES, Aderson de. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

MERLIN CLÈVE, Clèmerson. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MERQUIOR, José Guilherme. *Socialismo e Liberalismo*. Rio de Janeiro, Ed. Nórdica, 1996.

_____. *O Liberalismo Antigo e Moderno*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2ª ed., traducción de Henrique de Araújo Mesquita, 1991.

MINAYO, M. C. de. "Hermenêutica e dialética como caminho do pensamento social". In MINAYO, M. C. de S., DESLANDES, S. F. (org.). *Caminhos do pensamento: epistemologia e método*. Rio de Janeiro, Fiocruz, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. São Paulo, Editora Atlas, 10ª edición, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Ciência Política / Formas de Governo*. Lisboa, Pedro Ferreira Editor, 1996.

_____. *Contributo para um teoria da inconstitucionalidade*. Lisboa, Livraria Petrony, 1968.

_____. *Funções, Órgãos e Actos do Estado*. Lisboa, Livraria Petrony, 1990.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra, Ed. Coimbra, 2002.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra, Coimbra Editora, Vol. I, Tomo II, 1981.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra, Coimbra Editora, 3^a. Edición, Tomo IV, 2000.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. “A Jurisdição como elemento de inclusão social – revitalizando as regras do jogo democrático”. São Paulo, Editora Manole, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

_____. *Teoria do Poder (Sistema de direito político: estudo juspolítico do poder)*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem, Violência – elementos para uma teoria constitucional*. Trad. de Peter Naumann. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

NABAIS, José Casalta. *Contencioso administrativo e código do procedimento administrativo*. Coimbra, Livraria Almedina, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson y ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona, Editorial Ariel, 2^a impresión, 2007.

NOZICK, R. *Anarquía, estado y utopía*. México, 1988, FCE, apud EDUARD GONZALO y FERRAN REQUEJO in “Las democracias”, *Manual de Ciencia Política*. Madrid, Editorial Tecnos, 4^a reimpressão, 2004.

NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2002.

OFFE, Claus. “A democracia contra o Estado do bem-estar?” In *Capitalismo Desorganizado*. São Paulo, Editora Brasiliense S.A., 2^a.

edição, tradução de Wanda Caldeira Brandt e revisão de Laura Teixeira Motta, 1995.

ORDÓNEZ SOLÍS, David. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*. Granada, Comares, 2006.

OSUNA PATIÑO, et. al., in *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel, 2ª edición, 8ª reimpresión, 2001.

PALHARES REIS, Moreira. *Estudos de Direito Constitucional e de Direito Administrativo*. Recife, Ed. Universitária: 2000.

PASSINE, Clóvis. *Pequeno dicionário de sociologia*. Campinas, SP, Autores Associados, 2009.

PAULO DA SILVA SUORDEM, Fernando. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais*. Coimbra, Almedina, 2005.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*. Madrid, Editorial Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, 1999.

PEGORARO, Lucio. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*. Madrid, Dykinson, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La Tercera Generación de Derechos Humanos*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2006.

_____. *Los derechos fundamentales-Temas clave de la Constitución española*. Madrid, Editorial Tecnos, 8ª edición, 2004.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Undécima edición, revisada y puesta al día por MANUEL CARRASCO DURÁN, Marcial Pons, 2007.

PETTIT, Philip. *Republicanism – Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

PINSKY, Jaime y PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). *História da cidadania*. São Paulo, Contexto, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo, Editora Max Limonad, 2ª edição, 1997.

PISIER, Évelyne, et al. *Historia do pensamento político*. Madrid, Tecnos, 2006.

PLATÃO, 428 a.C. *A República. Livro VII*. Trad. de Elza Moreira Marcelina. Brasília: UNB, 1996.

POCHMANN, Márcio; AMORIM, Ricardo; SILVA, Ronnie – organizadores. *Atlas da Exclusão Social no Brasil*. São Paulo, Editora Cortez, vol. 2, 2003.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio, Ed. Forense, 1998.

PORTO DE CARVALHO, Márcia Haydée. *Hermenêutica Constitucional*. Florianópolis, Editora Obra Jurídica, 1997.

PRONER, Caroline. *Direitos humanos e seus paradoxos*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

QUEIROZ, Cristina, M. M. *Os Actos Políticos no Estado de Direito: o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra, Ed. Almedina, 1990.

_____. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

_____. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Constitución e sistema penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012

RAMALHO RABENHORST, Eduardo. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília, Brasília Jurídica, 2001.

RAÚL ZAFFARONI, Eugenio. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid, Editora, Dykinson, 2006.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica*. São Paulo, Lua Nova, n. 25, trad. de Régis de Castro Andrade, 1992.

_____. *O Liberalismo Político*. São Paulo, Ed. Ática, tradução de Dinah de Abreu Azevedo y revisión de Álvaro de Vita, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo, Editora Martins Fontes, tradução de Almiro Pisetta y Lenita M.R. Esteves, 1997.

REBELLO DE BRITO POLETTI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, 1998.

REBELO DE SOUSA, Marcelo. *Introdução do Estudo do Direito*. Lisboa, Publicações Europa-América Ltda., 1998.

_____. *Lições de Direito Administrativo*. Vol. I., Ed. LEX Lisboa, 1999.

_____. *Lições de Direito Administrativo*. Lisboa, Editora Lex, vol. I, 1999.

REINALDO DE LIMA LOPES, José. *Direito Subjectivo e Direitos Sociais: o dilema do judiciário no estado social brasileiro*. São Paulo, Malheiros Editores, 2ª impressão, 1998.

REQUEJO COLL, Ferran. *Teoría Crítica y Estado Social*. Barcelona, Editorial Anthropos, 1991.

REVEL, Jean-François. *Como terminam as democracias*. São Paulo, trad. de João Guilherme Vargas Neto, Ed. Difel, 1984.

REVOREDO, Delia, “La protección supranacional de los derechos humanos en América Latina”; RAÚL ZAFFARONI, Eugénio, “Liberdades y garantías de los derechos humanos en América Latina”; GREGORI, José, “Direitos Humanos no Brasil”; GONÇALVES DE FREITAS FILHO, Roberto, “A defesa dos excluídos (mecanismos institucionais e fatores políticos para a defesa dos carentes”, in *Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados: Justiça, realidade e utopia*. Brasília. OAB, Conselho Federal, 2000.

RIBEIRO BASTOS, Celso. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Editora Saraiva, 1996.

RIBEIRO JÚNIOR, João. *Pessoa, Estado & Direito*. Campinas, SP, Copola Livros, 1994.

RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 1993.

ROBERTO BARROSO, Luís. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo, Editora Saraiva, 1996.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio, Ed. Saraiva, 1996.

ROBERTO BITENCOURT, Cezar. *A falência da pena de prisão*. São Paulo, Editora Saraiva, 2001.

ROBERTO GRAU, Eros. *A ordem económica na Constituição de 1988*. São Paulo, Malheiros Editores, 2ª impressão, 1998.

RODRIGUES DE OLIVERA NETO, Francisco José. (et. al.). *Constituição e Estado Social. Os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo, coedición de Coimbra Editora y Revista dos Tribunais, 2008.

RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*. Universidade de Santiago de Compostela, 2003.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Brasília, Editora UNB, tradução de Joel Pimentel de Ulhôa e revisão de Estela dos Santos Abreu, 1997.

ROSSELLI, Carlo. *Socialismo Liberal*. Rio de Janeiro, Editora Zahar, traducción de Sérgio Bath, del título original *Socialismo Liberale*, con introducción de Norberto Bobbio, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo, Editorial Abril Cultural, traducción de Lourival Gomes Machado, 1978.

RUBENS COSTA, José. “O mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais” in *Mandados de segurança e de injunção. Estudos de Dir. Proc. Constitucional*. Coordenador: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo, Saraiva, 1990.

RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

RUSSELL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental: a aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro, Ediouro, 2001.

SALIDO CORTÉS, Olga y ECHEVERRÍA, Javier. “Desigualdad y pobreza”, y “La movilidad social: pautas y tendencias”, in *Tres décadas de cambio social en España*. Madrid, Alianza Editorial, 2006.

SÀNCHEZ, Jordi. “El Estado de bienestar”, in *Manual de Ciencia Política*, editor Miquel Caminal Badia. Madrid, Editorial Tecnos, 4^a reimpression, 2004.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid, Trotta, 2003.

SARAIVA, Railda. *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 10^a edición, 2011.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARTORI, Giovanni. *Elementos de Teoría Política*. Madrid, Alianza Editorial, versión de M^a. Luz Morán, 1999.

SAYÃO ROMITA, Arion. *Globalização da Economia e Direito do Trabalho*. São Paulo, Editora LTr, 1997.

SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madri: Alianza Editorial, 1996.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. Rio de Janeiro, Forense, 3^a. edición, 1957.

SEN, Amartya Kumar, in *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta, del título original *Development as freedom*. São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2000.

SIDRIM NASSAR, Rosita de Nazaré, in “Flexibilização do Direito do Trabalho”. São Paulo, Editora LTr .

SINGER, Paul, et. al. “Direitos sociais – a cidadania para todos”, in *História da Cidadania*. (Org. Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinsky). São Paulo, Editora Contexto, 2003.

SKINNER, Quentin, in *Liberdade antes do Liberalismo*. Traducción de Raul Fiker, del título original *Liberty before Liberalism*, editada por Cambridge University Press, 1998. São Paulo, Editora UNESP, 1999.

SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Traducción de Luiz João Baraúna. São Paulo, Editora Nova Cultural, 1996.

SOROS, George. *A Crise do Capitalismo – as ameaças aos valores democráticos*. Traducción de Afonso Celso da Cunha Serra, del título original *The Crisis of Global Capitalism*, 1998. Rio de Janeiro, Editora Campus, 3^a edición, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *A globalização da economia e o confronto entre os neoliberais e os adeptos do Estado-social*. São Paulo, Editora JTb , n° 742, 1999.

TAMER, Sergio Victor. *Atos políticos e direitos sociais nas democracias*. Porto Alegre, Fabris Editor, 2005.

_____. *Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do*

Executivo no Brasil. Porto Alegre, Fabris Editor, 2002.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima (*et al.*): *A modernização da legislação do trabalho*. São Paulo, Editora LTr, 1994.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros Editores, 14^a. ed., 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1973.

TOFFLER, Alvim. *A empresa flexível*. Rio, Editora Record, 5^a edição, tradução de A.B. Pinheiro de Lemos del título original: *The adaptive Corporation*, 1985.

_____. *Sobrevivência na aurora do terceiro milênio*. Rio de Janeiro, Editora Record, tradução de Luiz Carlos Nascimento, 1993.

_____. *Powershift. As mudanças do poder*. Trad. de Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro, Editora Record, 2^a. edição, 1990.

TORRES SANTOMÉ, Jurjo. *Globalização e interdisciplinaridade: o currículo integrado*. Porto Alegre, ArtMed, 1988.

TOURAINE, Alan. *O Que é a Democracia?* Rio de Janeiro, Petrópolis, Ed. Vozes, trad. de Guilherme João de Freitas Teixeira, 1996.

ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *Democracia y derechos humanos en Europa y en América*. Madrid, Editorial Reus, 2007.

URANI, André, *et. al.* *Brasil y la economía social de mercado*. Editores Emilio Fontela y Joaquín Guzmán Cuevas. Cáceres, Universidad de Extremadura, 2005.

VALLE, Álvaro. *Liberalismo Social*. Rio, Nórdica, 1996.

VARELLA, Drauzio. *Carcereiros*. São Paulo, Companhia das Letras, 2012.

VENTURI, Gustavo (Coordinador), *in* *Direitos Humanos – percepções da opinião pública*. Brasília, Secretaria de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, 1^a edición, 2010.

_____. “O potencial emancipatório e a irreversibilidade dos direitos humanos”, *in* *Direitos Humanos – Percepções da opinião pública*. Brasília, Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. *La exhibición de los derechos sociales*. Valencia, PUV, 2006.

VIEIRA ARAÚJO, Carlos Roberto, *in História do Pensamento Econômico*. São Paulo, Ed. Atlas, 1988.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *A justiça administrativa (lições)*. Coimbra: Livraria Almedina, 3^a. Edição, 2002.

_____. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, Editora Almedina, 2^a. Edição, 2001

VIEIRA, Evaldo. *Poder político e resistência cultural*. Campinas, SP, Autores Associados, 1998.

VILHENA VIEIRA, Oscar. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.

VON MISES, Ludwig. *Ação Humana. Um Tratado de Economía*. São Paulo, Instituto Ludwig von Mises, 2010.

VYGOTSKY, L.S.A. *A formação social da mente: o desenvolvimento dos processos psicológicos superiores*. São Paulo, Editora Martins Fontes, 1991.

W.YOLTON, John, *in Dicionário LOCKE*. Traducción de Álvaro Cabral, consultoria de Renato Lessa, del título original *A Locke Dictionary*, Oxford, Inglaterra, 1993. Rio de Janeiro, Editora Zahar, 1996.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Trad. da versão inglesa por Waltensir Dutra. Capítulos XIV e XV. *História Geral da Economia*. Trad. de Calógeras A. Pajuaba. Capítulo IV. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. de M. Irene Szmrecsányi e Tamás J.M.K. Szmrecsányi. São Paulo, Abril Cultural, 1974.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Editorial Trotta, 5^a edición, 2003.

_____. *Historia y Constitución*. Prólogo de Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2005.

_____. *Principios y Votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid, Trotta, 2008.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Traducción de Karin Praefke-Aires Coutinho del original *Allgemeine Staatslehre* – 12^aed. 1994. Coordinación de J.J. Gomes Canotilho. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

REVISTAS, PONENCIAS, ARTÍCULOS

ADEODATO, João Maurício. “A Concretização Constitucional de Friedrich Muller.” Artigo publicado na revista “*O Bureau*”, maio/junho de 1997.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. “Cláusula social: um tema em debate”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 36, n. 141, jan/março de 1999, Senado Federal.

ARAGÓN, Manuel. “El control como elemento inseparable del concepto de constitución”. Madrid, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 19, enero-abril 1987.

ARI MELLO, Cláudio. “Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio, abr. /jun. 2001, pág. 252.

ARROYO, Miguel G. in *Pedagogias em Movimento – o que temos a aprender dos Movimentos Sociais?* Currículo sem Fronteiras, v.3, n.1, pp. 28-49, Jan/Jun 2003, ISSN 1645-1384 (online) www.curriculosemfronteiras.org.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Teoria da Constituição”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, UFMG.

BARATTA, Alessandro. *Resocialización o control social. Por un concepto crítico de reintegración social del condenado*. Ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”, organizado por Comisión Andina de Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de septiembre de 1990, in www.inau.gub.uy/biblio/pmb/opac_css/index.

BARILE, Paolo. *Atto di governo (e atto político)*. Roma: Giuffrè Editore, Enciclopedia del Diritto, IV, Atto-Bana, p. 220-232.

BEATRIZ GALLI, Maria. “Análise da eficácia jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.” *Anais da conferência nacional de exigibilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. PUC, Departamento de Direito, n. 12, jan/julho de 1998.

BENEVENUTO LIMA JR., Jayme. “O Brasil e os direitos econômicos, sociais e culturais.” *Anais da conferência nacional de exigibilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. PUC, Departamento de Direito, n. 12, jan/julho de 1998.

BERNAL PULIDO, Carlos. “Una crítica a ¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. www.cervantesvirtual.com pág. 115

BIANCHI, Alberto B. *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Edit. Ábaco, p. 281/383.

BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Generale de Droit e Jurisprudence, 7a. ed., 1965.

CAMPOS, Roberto, en un artículo del periódico *Folha de São Paulo*: “Pré-moderno ou Pós-moderno”, de 28.3.1999, págs. 1-4.

CAMPOS, Roberto: “Sobre originalidades e paradoxos”: *Folha de São Paulo*, Octubre de 1997.

CARRILLO, Marc. “La aplicación judicial de la Constitución”, in *Rev. Esp. de Derecho Constitucional*, año 24, Mayo/Agosto 2004, n. 71, pág. 74.

CARRION, Eduardo K.M. *Acesso à Justiça*. Rio Grande do Sul, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 13/14, 1997, p.117 in *Júris Síntese* n. 164-32

CARRO Y FERNANDÉZ VALMAYOR, José Luís. “La doctrina del acto político”. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, *Rev. de Administracion Publica* (53), mayo-agosto, 1967.

Cartón del cartonista SAMUCA para el DP Net. www.humorpolitico.com.br/.../sistema-carcerario

CASTANHEIRA NEVES, A. *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdiccional do direito*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito (74), vol. LXXIV, 1998, pág. 10-44

CAUPERS, João. *O controle jurisdiccional da administração pública nos estados lusófonos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 789, ano 90, julho 2001, p. 11-20.

CHAMMAS, Daniela. “A educação no cárcere”. Brasília, Revista Prática Jurídica, Editora Consulex, 2011, n° 114, 30.9.2011.

DRAIBE, Sônia M. As políticas sociais e o neoliberalismo (reflexões suscitadas pelas experiências latino-americanas). Revista da USP , São Paulo, março/abril/maio, 1993.

DRAIBE, Sonia M.: “As Políticas Sociais e o Neoliberalismo”. São Paulo, *Revista USP*, marzo/abril/mayo 93, n° 17.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos*. Milano, Rivista di Scienze Giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore, Anno L, Maggio-Agosto 2003, pág. 209.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, in “El Estado social”, Madrid, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 23, núm. 69, Septiembre-Diciembre 2003.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. “El Estado Social”, in *Rev. Esp. de Derecho Constitucional*, Año 23, Septiembre/Diciembre 2003, n. 69, pág. 158.

GARCÍA LLOVET, Enrique. *Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, *Rev. Española de Derecho Constitucional* (36), septiembre-diciembre, 1992.

HORTA, Raul Machado. “Constituição e Direitos Sociais”. Minas Gerais: *Rev. Bras. de Estudos Políticos*- nº 86, jan. de 1998 – Ed. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

HUTYRA DE PAULA LIMA, M. Madeleine. “Corrupção: obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais.” *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 33, out/dez. de 2000, IBDC (Inst. Bras. de Dir. Const.).

IRUJO, Antonio Embid. *La justiciabilidad de los actos de gobierno (De los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, Documentación Administrativa (220), octubre-diciembre 1989.

JAHANBEGLOO, Ramin. “Derechos humanos y relativismo cultural” – Madrid, *El País*, 13-1-2010.

JULIO LASCANO, Carlos, in “La insostenible “modernización del derecho penal” basada en la “tolerancia cero” desde la perspectiva de los países emergentes”, en *Pensamiento Penal del Sur*, Buenos Aires, 2004 - www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf

KONDER COMPARATO, Fábio. *A “questão política” nas medidas provisórias: um estudo de caso*. Rio de Janeiro, Revista do Ministério Público (15), 2002.

LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 6^a. ed., 1963.

LEDA MONDELL, Flávia. “Direitos civis e políticos e direitos econômicos,

sociais e culturais: dicotomia ou integração?” *Revista do Centro de Estudos Judiciários* do Conselho da Justiça Federal, n. 10, abril de 2000.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. “Direitos sociais e justiça: prática comparada de sua efetivação (Brasil-EUA).” *Anais da conferência nacional de exigibilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. PUC, Departamento de Direito, n. 12, jan/julho de 1998.

LÚCIA ANTUNES ROCHA, Cármen. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na I Conferência Internacional de Direitos Humanos (OAB) realizada em Brasília, agosto de 1997.

MACHADO HORTA, Raúl. “Constituição e Direitos Sociais”, Minas Gerais, *Rev. Bras. de Estudos Políticos*- nº 86, jan. de 1998 – Ed. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

MARIA LACOMBE CAMARGO, Margarida. “O Ativismo Judicial em Rui Barbosa” - *Revista da Faculdade de Direito da UCP* Vol. 1 - 1999, pág. 59

MARINHO, Josaphat. “A nova ordem mundial e os direitos sociais.” *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 140, out/dez de 1998, Senado Federal.

MÁRIO DA SILVA VELLOSO, Carlos. *Judiciário, fortaleza dos direitos*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano II, n. 8, nov./dez., 2000.

MARTINS HORA, Dayse y RIBEIRO GOMES, Priscila. “Educação Prisional: o problema do ponto de vista do currículo”. Brasília, MEC, 2007, pág. 34-42, *in Brasil. Salto para o futuro. EJA e Educação Prisional*. SEED/MEC, Boletim 6, maio de 2007.

MELLO, Celso de. “Democratização do Poder Judiciário e Acesso à Justiça”. Palestra proferida pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil, na 1ª. *Conferência Internacional de Direitos Humanos(OAB)*, Brasília, 17.9.97.

MEZEY, Michael L. “O poder decisório do legislativo nos sistemas políticos em desenvolvimento”. Artigo inserido na publicação *O legislativo e a tecnocracia*, organizado por Cândido Mendes, da Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 1994.

MÓNICA MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, Letrada de las Cortes Generales, Sinopsis realizada en Diciembre 2003 y actualizada por VICENTE MORET, Letrado de las Cortes Generales, en Junio 2011 – www.sinopiscongresso.es

MONTAÑEZ-RUIZ, Julio-César, in “El debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínimo.” Bogotá, ene. /jun. 2010, *Rev. Estud. Socio-Juríd.* v.12 n.1.

MONTORO, Franco. “Cultura dos Direitos Humanos”. Artigo publicado na *Revista Literária de Direito*, ano V, n. 25, set/out. de 1998.

MOREIRA MAUÉS, Antonio Gomes. “Aspectos da realização dos direitos sociais e econômicos.” Rio de Janeiro: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas/PUC n. 6, jan/junho de 1995.

NÉRI DA SILVEIRA, José. *Dimensões da independência do Poder Judiciário*. Aula Magna na Fac. De Direito da UFRS, em 26.4.1999.

NEVES, A. Castanheira. “Entre o legislador, a sociedade e o juiz.” Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 1998.

NUNES ALMEIDA, Luís. “A justiça constitucional no quadro das funções do estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas”. Lisboa: Informe português de la VII Conferencia de los Tribunales Constitucionales Europeos, realizada en Lisboa, del 27 al 30 de abril de 1987. Separata de la *Revista del Ministerio Público* (32).

OFFE, Claus. “A democracia partidária competitiva e o “welfare state” keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização”. Texto traducido por Fanny Wrobel y publicado en *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 26, n. 1, 1983

PIOVESAN, Flávia. *Organismos e procedimentos internacionais de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Anais da conferência nacional de exigibilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. PUC, Departamento de Direito, n. 12, jan/julho de 1998.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*. São Paulo, Editora Jus Podivm, 2013, 9ª edición. In www.pauloqueiroz.net/entrevista-concedida-pelo-autor

RANELLETI, Oreste. *Teoria degli atti amministrativi speciali*. Milano: Giuffrè-Editore, 1945.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica*. Trad. de Regis de Castro Andrade. Revista Lua Nova, n. 25, 1992.

RELATÓRIO da Sociedade Civil sobre o cumprimento, pelo Brasil, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. “O Brasil e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e

Culturais”. Brasília: Coordenação da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, abril de 2000.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: 15^a. ed., 1994, en colaboración con Jean Waline.

ROBERT J. SHILLER – São Paulo, *Revista Veja*, 15.10.2008, pág. 118.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais.” Brasília: Palestra proferida na *I Conferência Internacional sobre Direitos Humanos*, promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em agosto de 1997.

SABOIA, Gilberto Vergne. *A Conferência Mundial de Viena: Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento*. Palestra proferida na I Conferência Internacional de Direitos Humanos (OAB) realizada em Brasília, agosto de 1997.

SABOIA, Gilberto Vergne. *União Européia, Mercosul e a proteção dos Direitos Humanos*. Palestra proferida no seminário “Direitos Humanos e o Mercosul”, de 7 a 9 de agosto de 2000. São Paulo: Centro de Estudos da Proc. Geral do Estado.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. “Los actos políticos del gobierno en la jurisprudencia del tribunal supremo”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, *Rev. de Administración Pública* (134), mayo-agosto, 1994.

SALLA, Fernando, in <http://www.agenciabrasil.ebc.com.br> – entrevista con Daniella Jinkings, 24.8.2010.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. *Actos políticos, inteligencia nacional y estado de derecho*. Madrid: *Rev. Española de Derecho Constitucional* (65), mayo-agosto 2002.

SANZ DELGADO, Enrique. “Los orígenes del sistema penitenciario español: ABADÍA y MONTESINOS”. Universidad de Alcalá, in www.dspace.uah.es.

SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional*. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 223, jan./março de 2001.

SAYÃO ROMITA, Arion. *A constituição e os direitos sociais: dez anos depois*. *Revista Síntese Trabalhista*, n. 118, abril/99, ano X.

SOARES GÓES, Carla Maria, in “Dos efeitos das decisões proferidas em mandado de injunção”, publicado na *Revista da Faculdade de Direito da UNIFACS*, Vol. 1 - 2001, pág. 135.

SZAJMAN, Abram: presidente de la Federación del Comercio del Estado de São Paulo: *Folha de São Paulo*, 25.5.1999, reportaje de MAURÍCIO ESPOSITO, pág. 2 – 7.

VILLAVERDE RICO, María José, *in* “El Enigma Rousseau”, ensayo publicado en *El País*, 8.12.12.

WEIS, Carlos. “O Pacto Internacional dos Direitos Humanos, Econômicos e Sociais”, *in* *Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*. São Paulo, Revista do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1998.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Acórdão n. 509/2002, Tribunal Constitucional de Portugal.

ADPF/45 y RTJ 175/1212/1213, Rel. Min. Celso de Mello.

ADPF/45 y RTJ 185/794/796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno.

BverfGE 43,291 (314); 33, 303 (333)

BVerfGE, 1:97(105)

STF, AgR-RE n° 271.286-8/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12.9.2000.

Superior Tribunal de Justicia-STJ, RHC 7.387-RG, 6ª T.

Supremo Tribunal Federal. 1ª Sección. RE n. 226.835-6 Rel. Min. Ilmar Galvão. *ISTF* 180

RTJ 164/158-161, Rel Min. Celso de Melo *in* ADPF/45 STF.

S.T.C. 29/1986

Sentencia C-746/98 – CC Colombia.

Tribunal Constitucional alemán (*BVerfGE*, 1:97 (105))

Tribunal de Alzada SP, 5ª Cámara Criminal, Habeas Corpus n° 132.752-5

DIRECCIONES DE INTERNET

<http://www.agenciabrasil.ebc.com.br>

<http://www.cnj.jus.br>

<http://www.derecho.uba.ar>

<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/josino.html>

<http://www.faap.br>

<http://www.mapadaviolencia.org.br>

<http://www.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/ceb/2000>

<http://www.oit.org.br/node/830>

<http://www.pauloqueiroz.net/entrevista-concedida-pelo-autor>

<http://www4.planalto.gov.br>

<https://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf>

<https://www.curriculosemfronteiras.org>

<https://www.diagonalperiodico.net/>

<https://www.digitool-uam.greendata.es>

https://www.inau.gub.uy/biblio/pmb/opac_css/index

<https://www.vermelho.org.br/noticia.php> - Folha de São Paulo.