

Los derechos sociales y su *status* normativo en la Constitución española

SUMARIO: 1. LA POSITIVIDAD DEL DERECHO Y LOS DERECHOS SOCIALES. 2. LA SIGNIFICACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 3. CARÁCTER PROGRAMÁTICO DE LOS DERECHOS SOCIALES. 4. CONCEPCIÓN SOCIALISTA DE LOS DERECHOS SOCIALES. 5. LOS DERECHOS SOCIALES COMO CATEGORÍA JURÍDICO POSITIVA. 6. LIBERTADES INDIVIDUALES Y DERECHOS SOCIALES. 7. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL DERECHO PRIVADO. 8. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

1. LA POSITIVIDAD DEL DERECHO Y LOS DERECHOS SOCIALES

Con la expresión «Derecho positivo» se designa el *ius in civitate positum*, es decir, el Derecho puesto o impuesto por quien ejerce el poder en una determinada sociedad, y por ello, válido en su ámbito. La idea de una distinción entre el Derecho establecido o puesto a través de las normas que expresan la voluntad de la autoridad (*nómos*) y las leyes que expresan la justicia de la naturaleza (*physis*), aparece ya en la Grecia clásica a través de los sofistas. Esta dicotomía se prolonga en las obras de Platón, Aristóteles y los Estoicos, así como reformulada en la filosofía y la jurisprudencia romana. Así, en el *Digesto* se utilizan los términos de *ius naturale* (en muchas ocasiones identificado con el *ius gentium*), que hace referencia a las normas que expresan exigencias éticas de justicia, necesarias,

universales, emanadas en la naturaleza y la razón; y de *ius civile*, cuyas normas tienen por objeto lo que es útil o conveniente, son contingentes, particulares de cada pueblo y prescritas por quienes los gobiernan. La distinción será una constante en la trayectoria histórica de las teorías iusnaturalistas; mientras que tal dicotomía es negada por el positivismo jurídico, que no admite otro Derecho que el positivo, impugnando la juridicidad del Derecho natural.

Aunque la idea del «Derecho positivo», en nuestra cultura jurídica, se remonta al pensamiento clásico greco-romano, su expresión terminológica como *ius positivum* aparece en el siglo XII utilizado por Abelardo. A partir de entonces los términos «Derecho positivo», o «ley positiva» serán frecuentemente utilizados para designar las normas prescritas como válidas en cada sociedad. En la actualidad las distintas concepciones del Derecho positivo pueden reconducirse a tres: 1) La *iusnaturalista*, que lo considera necesario para concretar, clarificar o determinar y garantizar el cumplimiento de las exigencias de justicia encarnadas en el Derecho natural; éste actuará como fundamento y límite de los contenidos normativos del Derecho positivo. 2) La *positivista*, identificadora del Derecho *in genere* con el Derecho positivo y que cifra su validez en la adecuada producción formal de sus normas por el Estado con arreglo a procedimientos previstos por las normas superiores del propio ordenamiento jurídico positivo, lo que permite identificar las normas que le pertenecen y asegura la unidad, jerarquía, coherencia y plenitud de dicho ordenamiento. 3) La *realista*, que pone el énfasis en el poder capaz de asegurar la eficacia del Derecho positivo, y considera sus normas como imperativos sancionados por la coacción en la medida en que de hecho son aplicados por los tribunales y cumplidos por sus destinatarios¹.

Estas concepciones de la positividad no se excluyen entre sí. En los Estados de Derecho la producción normativa regulada por su sistema de fuentes jurídicas responde a exigencias formales expresadas en el principio de validez. Si bien, el fundamento de legitimidad inherente a esas formas políticas, exige que las garantías formales de sus normas positivas se dirijan a la tutela de determinados valores: el conjunto de los derechos fundamentales. A su vez, en los Estados sociales de Derecho, las normas positivas y los valores que las fundamental, deben ser «reales y efectivos» y no meros postulados ideales o formales carentes de fuerza vinculante.

No obstante, en los Estados sociales de Derecho, cuyas Constituciones recogen junto a las libertades individuales los derechos económicos, socia-

¹ A. E. PÉREZ LUÑO, *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, 6ª ed., 1ª ed. en Mergablum, Sevilla, 1998, pp. 200 ss.

les y culturales, se suscitan no pocas controversias sobre el *status* positivo de la categoría de los derechos sociales. La peculiar estructura de los derechos sociales en los que predominan las remisiones expresas a valores, principios o cláusulas generales más que las reglamentaciones analíticas, hacen insuficientes los instrumentos y pautas hermenéuticas de la dogmática positivista forjada en el siglo XIX.

No deja de suscitar perplejidad el hecho de que muchos derechos fundamentales, es decir, derechos humanos que han sido objeto de recepción positiva en los textos de máxima jerarquía normativa de los ordenamientos jurídicos —las Constituciones— carezcan de protección judicial efectiva. Para la dogmática positivista, los derechos públicos subjetivos, por contraste a los derechos naturales, merecían la condición de **derechos** en cuanto categorías normativas directa e inmediatamente invocables ante los tribunales de justicia. Por eso, desde sus premisas teóricas, que establecían una identificación entre positividad, validez y vigencia del Derecho, resulta imposible ofrecer una explicación satisfactoria de la peculiar naturaleza jurídica de determinados derechos fundamentales del presente, en particular de los derechos sociales. Los textos y las jurisdicciones constitucionales suelen reputarlos normas «programáticas» o pautas informadoras de la actuación legislativa y/o de los poderes públicos. Se trata de derechos cuya tutela efectiva se reenvía al futuro, y que más que obligaciones jurídicas estrictas enuncian compromisos políticos imprecisos.

Se suscita así una **paradoja fundamental** en la teoría de los derechos y libertades del presente. Porque ¿cómo negar la condición de auténticos derechos, a aquellos que han sido válidamente reconocidos (positivados) en textos constitucionales? Pero, al propio tiempo, ¿cómo se pueden considerar derechos positivos enunciados normativos que no son justiciables? La jurisprudencia y la doctrina constitucionalista ha contribuido a confundir, más si cabe, la cuestión al considerar estos derechos como expectativas, pretensiones (*claims*) o exigencias de futuro. Se plantea así la paradoja insoslayable de unos derechos cuyo *status formal* es el de normas positivas que satisfacen plenamente los requisitos de validez jurídica de los ordenamientos; pero cuyo *status deóntico* está más próximo al de los derechos naturales o al de los derechos humanos (en cuanto exigencias humanas que *deben ser* satisfechas), que al de los derechos fundamentales, entendidos como categorías jurídico-positivas que *están* dotadas de protección jurisdiccional.

El propósito de este trabajo se cifra en un doble cometido: dar cuenta y analizar los principales aspectos del debate sobre la positividad de los derechos sociales; y avanzar argumentos tendentes a justificar la plena positividad y la máxima eficacia de tales derechos.

2. LA SIGNIFICACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Uno de los grandes problemas que suscita la positivación de los derechos fundamentales a nivel constitucional es, sin duda, el que atañe al valor jurídico de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, proclamados a escala internacional y en los ordenamientos internos en la mayor parte de las constituciones promulgadas tras la Segunda Guerra Mundial.

A lo largo del siglo XIX los conflictos de clase se fueron traduciendo en una serie de exigencias de carácter socio-económico, que pusieron de relieve la insuficiencia de los derechos individuales si la democracia política no se convertía además en democracia social. Estas reivindicaciones determinarán un cambio en la actividad del Estado que progresivamente abandonará su postura abstencionista y recabará como propia una función social. Dicha función se traduce en una serie de disposiciones socio-económicas que a partir de la Constitución de Weimar se suelen incluir entre los derechos fundamentales.

Conviene, antes que nada, advertir que la expresión «derechos sociales» no posee un significado unívoco y que lo mismo las disposiciones normativas de los ordenamientos que los acogen, que la doctrina, engloba bajo su rótulo a categorías muy heterogéneas cuyo único punto común de referencia viene dado por su tendencia a pormenorizar las exigencias que se desprenden del principio de la igualdad².

La aparición de los derechos sociales ha supuesto una notable variante en el contenido de los derechos fundamentales. Principios originariamente

² Cfr. M. STASKÓW, *Quelques remarques sur les "droits économiques et sociaux"*, en la op. col. *Essais sur les droits de l'homme en Europe* (Deuxième serie), Édition de l'Institut Universitaire d'Études Européennes, Turín, 1961, pp. 45 ss. Para un estudio general sobre el alcance de los derechos sociales, vid. las ponencias de B. DE CASTRO y G. PECES-BARBA en el vol. *Derechos económicos, sociales y culturales* (Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Murcia, diciembre 1978), Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1981. Cfr. también los trabajos de: J. L. CASCAJO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1988; B. DE CASTRO CID, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1993; G. PECES-BARBA, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Universidad Carlos III & Dickinson, Madrid, 1999; F. J. CONTRERAS PELÁEZ, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994; A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 8ª ed., 2003; id. *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 8ª ed., 2004; L. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 20 ss.; id., «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en el vol. col., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2000, pp. 15 ss.; A. RUIZ MIGUEL, «Derechos liberales y derechos sociales» en *Doxa*, 1994, n. 15-16, pp. 65 ss.; M. VAQUER, *La acción social. (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 75 ss.

dirigidos a poner límite a la actuación del Estado se han convertido en normas que exigen su gestión en el orden económico y social; garantías pensadas para la defensa de la individualidad son ahora reglas en las que el interés colectivo ocupa el primer lugar; enunciados muy precisos sobre facultades que se consideraban esenciales y perennes han dejado paso a normas que defienden bienes múltiples y circunstanciales³. Existe, pues, una evidente diferencia entre la categoría de derechos tradicionales que especifican el principio de libertad, y estos nuevos derechos de signo económico, social y cultural que desarrollan las exigencias de la igualdad⁴.

Los derechos sociales tienen como principal función asegurar la participación en los recursos sociales a los distintos miembros de la comunidad. Gurvitch los definió de forma que puede considerarse clásica, como; *droits de participation des groupes et des individus découlant de leur intégration dans des ensembles et garantissant le caractère démocratique de ces derniers*⁵. Esta definición permite advertir los caracteres más salientes de los derechos sociales. Así pueden entenderse tales derechos en sentido objetivo como el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales. En tanto que, en sentido subjetivo, podrían entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios

³ N. PÉREZ SERRANO, *La evolución de las declaraciones de derechos*, Discurso de apertura del Curso Académico 1950-51, en la Universidad de Madrid, Publicaciones de la Universidad de Madrid, 1950, pp. 86 ss.

⁴ Estas diferencias han sido muy bien resumidas por V. VAN DYKE, quien comentando el pareado: «Thou shalt not kill, but needst not strive officiously to keep alive», ha escrito: «This couplet is suggestive of the conception of rights that has been dominant in the Anglo-American tradition. Under it the right to life is the right to the protection of a policeman, but not to the services of a doctor. If the government assures such services, it is a matter of benign policy, not a recognition of a claim of right», *Human Rights, the United States, and World Community* Oxford University Press, New York-London-Toronto, 1970, p. 52. En muchas ocasiones se ha llegado a considerar que las libertades y los derechos sociales eran no sólo categorías diversas, sino contrapuestas; y que la progresiva ampliación de la esfera de los derechos sociales implicaba necesariamente una disminución de los derechos individuales. Así, se ha creído que la implantación de los derechos sociales a la asistencia sanitaria o a la educación han supuesto, de hecho, una limitación de la libertad de elegir médico o escuela. Entiendo, sin embargo, que el nacimiento y paulatino reconocimiento de los derechos sociales no puede interpretarse como una negación de las libertades, sino como un factor decisivo para redimensionar su alcance; ya que éstas, en nuestro tiempo, no pueden concebirse como un atributo del hombre aislado que persigue fines individuales y egoístas, sino como un conjunto de facultades del hombre concreto que desarrolla su existencia en relación comunitaria y conforme a las exigencias del vivir social. Sobre el alcance significativo de los derechos sociales, vid., las interesantes observaciones de: J. L. CASCAJO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, cit., pp. 47 ss.; B. DE CASTRO CID, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., pp. 13 ss.; F. J. CONTRERAS PELÁEZ, *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 15 ss.

⁵ G. GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, Vrin, París, 1946, p. 79.

de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos⁶.

Desde otro ángulo conviene señalar que aunque los derechos sociales sean derechos del hombre situado en su entorno colectivo, ello no implica que estos derechos se dirijan a defender sólo intereses colectivos, tesis sostenida por Pergolesi⁷, o que sólo puedan ejercitarse por los grupos, según se desprende de la tesis de Kaskel⁸. En realidad la antítesis entre los derechos individuales y sociales no puede situarse en este plano. El derecho de un anciano o de un inválido a la asistencia se ha dicho que tiene como fin inmediato la tutela de un interés individual a la subsistencia y no el de un pretendido interés colectivo a que la categoría de los ancianos o de los inválidos pueda subsistir. La relevancia dada por los derechos sociales a quienes forman parte de determinados grupos deriva del presupuesto de que así se pueden satisfacer mejor las necesidades de aquellos a quienes se intenta proteger. Pero, en todo caso, no se trata de proteger a los grupos en cuanto tales, sino a los individuos en el seno de sus situaciones concretas en la sociedad⁹. De la misma definición de Gurvitch se desprende que estos derechos pueden satisfacer no tanto los intereses del grupo, sino los de los individuos que los componen.

3. CARÁCTER PROGRAMÁTICO DE LOS DERECHOS SOCIALES

La amplitud y heterogeneidad de esta nueva categoría de derechos, junto a la nueva significación práctica que reviste su contenido, ha impulsado a un determinado sector doctrinal a trazar una neta separación entre estos derechos y las tradicionales libertades de signo individual. Se señala que, mientras los derechos individuales se dirigen a determinar una esfera dentro de la cual los individuos pueden actuar libremente, los derechos sociales tienden a obtener la intervención del Estado para satisfacer algunas exigencias de los ciudadanos que se consideran fundamentales. A partir de esta distinción se ha pretendido negar el carácter jurídico de estos derechos. Así se ha escrito entre nosotros que «los llamados derechos sociales de las constituciones modernas, tan ampliados en las actuales Declaraciones

⁶ Cfr. M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 804.

⁷ F. PERGOLESÌ, *Alcuni lineamenti del diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 34 ss.

⁸ D. KASKEL, *Begriff und Gegenstand des Sozialrechts als Rechtsdisziplin und Lehrfach*, en DJZ, 1918, pp. 541 ss.

⁹ Cfr. M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, cit., pp. 804-805.

universales o multinacionales, se mantienen con frecuencia en el terreno de lo programático»¹⁰.

Esta tesis ha sido ampliamente defendida por la doctrina francesa, tendente, en muchos casos, a reservar la significación jurídico-positiva a las libertades públicas. A tenor de sus premisas debe trazarse una nítida distinción entre las libertades públicas, cuya actuación depende únicamente de sus titulares, siendo la misión del Estado la vigilancia de su ejercicio en términos de policía administrativa; y los derechos sociales que implican una pretensión frente al Estado, la cual sólo puede ser satisfecha mediante la creación de un aparato destinado a responder a estas exigencias en términos de servicio público. De ahí que la satisfacción de estas prestaciones implícitas en los derechos económicos y sociales deje al Estado un amplio margen de discrecionalidad sobre su organización; en tanto que las obligaciones del Estado en materia de libertades son claras y precisas, ya que se refieren a una abstención¹¹.

Se ha señalado que los derechos sociales, en tanto no se traducen en normas concretas que especifiquen poderes de hacer y queden relegados al plano de los meros poderes de exigir, no son derecho positivo. A lo sumo constituyen un programa de acción para el legislador, pero en tanto éste no organiza los servicios necesarios para su satisfacción sólo son libertades virtuales. *Ni á l'égard de l'administration ni pour le juge, ils ne peuvent prétendre au traitement dont bénéficient les libertés politiques, ils n'ont qu'une vocation á le devenir*¹². De acuerdo con este planteamiento, las libertades públicas se moverían en el terreno del derecho positivo, en tanto que los derechos sociales se hallarían situados, en la mayor parte de las ocasiones, en el plano de las exigencias del derecho natural.

El problema ha sido desarrollado también ampliamente por la doctrina alemana, si bien enfocándolo desde distinta óptica. La doctrina iuspublicista germana se planteó la cuestión de la positividad de los derechos sociales a partir de su formulación en la *Weiniärer Verjássung*. Respecto a la naturaleza jurídica de estos derechos se hizo clásica la tesis de Carl Schmitt, a tenor de la cual los derechos sociales proclamados en la Constitución de Weimar constituían una serie de principios no accionables que

¹⁰ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*, Reus, Madrid, 1969, p. 126.

¹¹ Cfr. P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, París, 1968, pp. 138 y ss.; G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, LGDJ, París, 3.^a ed., 1965, pp. 19 ss.; C. A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Dalloz, París, 5.1 ed., 1975, pp. 22 ss., 41 ss. y 516 ss.; Y. MADIOT, *Droits de l'homme et libertés publiques*, Masson, París, 1976, pp. 52 ss.; J. RIVERO, *Les libertés publiques*, cit., pp. 104 ss.

¹² G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, cit., p. 23.

¹³ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*. Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1928, p. 128.

tenían como destinatario exclusivo al legislador¹³. Esta postura ha sido seguida en fecha más reciente y respecto a los principios sociales de la *Bonner Grundgesetz* por Forsthoff, para quien los mismos funcionan como un mero programa de actuación para el legislador y los órganos del Estado, pero sin que supongan normas jurídicopositivas en sentido estricto¹⁴.

4. CONCEPCIÓN SOCIALISTA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Un papel decisivo en el desarrollo de los derechos sociales le corresponde a la doctrina y la práctica normativa de los países socialistas, en cuyo seno tales derechos ocupaban un lugar primordial al constituir los principios básicos de la estructura social y presidir el ejercicio de todas las libertades, obligando para ello al gobierno y a los distintos órganos sociales¹⁵.

Los autores socialistas coincidían en afirmar que estos derechos tan sólo pueden ser plenamente satisfechos en el marco político del Estado socialista, ya que tan sólo el sistema social surgido de la revolución del proletariado se halla en condiciones de hacer efectivos para la mayoría de los ciudadanos, antes oprimidos y explotados, los derechos de carácter económico, cultural y social¹⁶.

La doctrina socialista consideraba el oportunismo político como principio motivador de la consagración de estos derechos en las constituciones de los países occidentales. En efecto, la progresiva actividad del movimiento obrero y las propias exigencias del capitalismo monopolista han redundado en una progresiva injerencia del Estado en el terreno económico, mediante medidas de control y planificación. Estas circunstancias han determinado que el Estado burgués debiera pronunciarse en la esfera de los derechos sociales y económicos. Los derechos sociales han sido el fruto del tránsito del Estado de Derecho liberal al *sozialer Rechtsstaat*. Ahora bien, lo mismo que para estos autores es dudosa la autenticidad social del Estado social de Derecho¹⁷, también resulta imprecisa y oscura su pretendida formulación de los derechos sociales que, al estar faltos de un siste-

¹⁴ E. FORSTHOFF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, Walter de Gruyter. Berlín, 1954, pp. 27 ss.

¹⁵ Cfr. I. KOVACS, *General problems of rights*, en el vol. col. *Socialist Concept of Human Rights*, Akadémiai kiado, Budapest, 1966, p. 21. En ese volumen se contienen también los trabajos de K. KULCSAR, K. LÖRINCZ e I. SZABÓ.

¹⁶ Cfr. K. KULCSAR, *Social factors in the evolution of civic rights*, cit., p. 161.

¹⁷ Cfr., A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 212 ss.

ma legal eficaz de medios de ejecución, se convierten en meros *slogans* de propaganda (*mere propaganda slogans*)¹⁸.

Haciéndose eco de las posturas doctrinales que en los países capitalistas niegan la naturaleza jurídico-positiva de los derechos sociales, la doctrina socialista llega a la conclusión de que en las constituciones burguesas *the economic and social rights were void of legal value*¹⁹. A diferencia del carácter programático que los derechos sociales revisten en estas constituciones, la doctrina socialista insistía en proclamar la naturaleza jurídica, la precisión y amplitud con que tales derechos han sido reconocidos en las constituciones de sus países, las cuales, tomando como modelo la de la U.R.S.S. de 1936, han ido perfilándolos como auténticos derechos fundamentales pertenecientes a los ciudadanos²⁰.

Característica fundamental de estos derechos en los sistemas socialistas es su estrecha dependencia de las condiciones de producción, de cuyo desarrollo se consideraban reflejo. Si bien en algunos casos se reconoce que, de hecho, la cultura, las artes y las ciencias poseían una relativa independencia respecto a los factores materiales de producción y su contenido no siempre se hallaba directamente determinado por el desarrollo de las fuerzas productivas²¹.

De otro lado, se consideraba que tales derechos constituyen una obligación directa del Estado, que debe establecer una serie de medidas encaminadas a su disfrute efectivo. Estas medidas no sólo pueden ser de índole jurídica, sino que en gran medida son de carácter económico²². Al igual que los restantes derechos fundamentales, los derechos sociales comportan, en el sistema socialista, un deber general correlativo de ejercerlos de acuerdo con los intereses políticos y económicos del Estado y de la sociedad²³.

Por último, la mayor parte de juristas socialistas coincidían en afirmar que en sus sistemas jurídicos no existe diferencia entre las libertades y los derechos sociales, constituyendo ambas categorías una unidad desde el punto de vista legal. *In a socialist state* —escribe Kovacs— *there is no difference —as to their legal nature— between this group of rights (social rights) and what are described as classical liberties*²⁴.

¹⁸ L. LÖRINZ, *Economic, social and cultural rights*, en el vol. col. *Socialist Concept of Human Rights*, cit., p. 203.

¹⁹ KULCSAR, *Social factors in the evolution of civic rights*, cit., p. 156.

²⁰ L. LÖRINZ, *Economic, social and cultural rights*, cit., p. 205.

²¹ *Ibid.*, p. 209.

²² *Ibid.*, p. 202.

²³ Cfr. I. SZABO, *Fundamental questions concerning the theory and history of citizens' rights*, cit., p. 67.

²⁴ I. KOVACS, *General problems of rights*, cit., p. 21.

En opinión de Szabó la distinción entre libertades y derechos sociales respondían al dualismo existente en el seno de la sociedad civil, fue evidenciado por Marx, entre el hombre y el ciudadano; entre el hombre poseedor de bienes y sujeto de relaciones económicas en el ámbito de la sociedad civil y el ciudadano como miembro de la sociedad políticamente organizada. Ahora bien, esta contradicción desaparece en el sistema socialista, donde, en su opinión, existe una estrecha armonía entre lo político y lo económico y en la que el ciudadano es a un tiempo sujeto de derechos económicos y políticos²⁵. Es más, se insiste en que en la sociedad socialista son precisamente los derechos económicos y sociales, por su conexión con el desarrollo de las fuerzas productivas de estos países, los que determinan las modalidades de ejercicio de todos los demás derechos fundamentales²⁶.

En la actualidad el interés y relevancia de la concepción socialista de los derechos sociales se han visto directamente afectados por el desmoronamiento del «bloque del Este». No obstante, estas tesis representaron un hito insoslayable en el reconocimiento del pleno *status* positivo de los derechos sociales. No huelga, en todo caso, advertir que el rígido autoritarismo dominante en los sistemas socialistas, ha limitado la virtualidad emancipatoria de los derechos sociales reconocidos en ellos.

5. LOS DERECHOS SOCIALES COMO CATEGORÍA JURÍDICO POSITIVA

Es innegable que entre los derechos tradicionales de libertad y la nueva categoría de los derechos sociales se dan importantes diferencias, lo mismo respecto a su significación que en lo que se refiere a los medios jurídicos a emplear para su tutela. Ahora bien, esto no debe conducir a un desconocimiento de la profunda complementariedad que existe entre ambas categorías ni a la negación de la positividad de los derechos sociales. En el esfuerzo doctrinal por religar los derechos sociales con la tipología tradicional de los derechos fundamentales elaborada por Jellinek, debe situarse la reciente consideración de estos derechos como expresión del denominado *status positivus socialis*. Tal *status* es fruto de la creciente intervención del Estado en el terreno económico y social que crea unos derechos, los cuales no pueden ya entenderse como *Staatsschranken* (límites

²⁵ I. SZABO, *Fundamental questions concerning the theory and history of citizens' rights*, cit., p. 56.

²⁶ L. LÓRINCZ, *Economic, social and cultura rights*, cit., pp. 208 ss.

de la acción estatal), sino como *Staatszwecke* (fines de la acción del Estado). Los derechos sociales adquieren de este modo una significación abiertamente polémica respecto a la cómoda ideología individualista del *laissez faire*, y a su incapacidad para evitar corregir las tensiones sociales fruto de las desigualdades económicas²⁷.

Sin embargo, debe tenerse también presente que, ante los peligros en orden a la libertad del individuo que se derivan de esa creciente intervención estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y ante el riesgo de que el *status positivus socialis* degenerara en un nuevo *status subjectionis*, determinados sectores de la doctrina han reivindicado bajo la fórmula del *status activus processualis* el reforzamiento de las garantías jurídicas individuales y la participación activa de los interesados en los procesos de formación de los actos públicos²⁸.

En todo caso, se advierte en la actual dogmática iuspublicista alemana e italiana un amplio esfuerzo doctrinal encaminado a perfilar el *status juridicopositivo* de los derechos sociales.

Estos nuevos derechos han sido considerados como el resultado de la planificación de la asistencia social llevada a cabo por el Estado a través de unas instituciones que, en la concepción de Luhmann, constituyen el reflejo en el plano de la positividad jurídica de determinadas expectativas reales de conductas generalizadas en conexión con determinadas funciones sociales²⁹.

Un importante sector de la doctrina alemana ha llegado incluso a afirmar que en la compleja sociedad actual los derechos del individuo tan sólo pueden tener justificación como derechos sociales. Sin que ello signifique una negación de los valores de la personalidad, sino una superación de la imagen de unos derechos del individuo solitario que decide de forma insolidaria su destino, para afirmar la dimensión social de la persona humana, dotada de valores autónomos pero ligada inescindiblemente

²⁷ Cfr. O. BACHOF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, Walter de Gruyter, Berlín, 1954, pp. 43ss.; G. BRUNNER, *Die Problematik des sozialen Grundrechte*, Mohr, Tübingen, 1971, pp. 4 ss.; P. HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, Walter de Gruyter, Berlín, 1972, pp. 90 y ss.; H. VAN IMPE, *Les droits économiques et sociaux constituent-ils une catégorie spécifique de libertés publiques*, en la op. col. *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*, cit., vol. III, pp. 46 y ss.; F. VAN DER VEN, *Soziale Grundrechte*, Bachem, Köln, 1963, pp. 51 ss.

²⁸ Cfr. P. HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, cit., pp. 86 ss.; S. CASSESE, *11 privato e il procedimento amministrativo*, en «Archivio giuridico», 1970, pp. 25 ss.; N. TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974.

²⁹ N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, cit., pp. 27 y 186 ss. Cfr. también los trabajos de: W. HAMEL, *Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat. Eine Kritik an Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1957, pp. 16 ss.; W. SCHREIBER, *Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes in der Praxis der Rechtsprechung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1972, pp. 146 ss.

por numerosos vínculos y apremios a la comunidad en la que desarrolla su existencia³⁰.

A la consideración de los derechos sociales como ingredientes formales de los textos constitucionales se ha dirigido una monografía del austríaco Theodor Tomandl. En ella distingue cuatro sistemas de positivación en los que los derechos sociales aparecen sucesivamente como: principios programáticos constitucionales, normas de organización, derechos públicos subjetivos y mecanismos de garantía. Los cuatro sistemas son considerados críticamente. El primero por su falta de precisión, que compromete el principio de la seguridad jurídica. El segundo porque sitúa el problema de la realización de los derechos sociales en un terreno puramente político y no jurídico. El tercero porque la figura del derecho público subjetivo es difícil de concretar por vía constitucional, por lo que su delimitación queda al criterio del legislador. El cuarto porque sacrifica el valor ideal de los derechos sociales y los relativiza en normas sujetas a permanente evolución. De este examen concluye Tomandl la conveniencia de no utilizar la vía constitucional para la consagración de los derechos sociales, los cuales por su estrecha dependencia del desarrollo de las aspiraciones sociales y por la necesidad de ser, en todo caso, concretados por la legislación ordinaria, es mejor que se incorporen al derecho positivo por vía legislativa³¹.

El trabajo de Tomandl incurre en algunas imprecisiones como la de considerar prototipo de la formulación constitucional de los derechos sociales como derechos públicos subjetivos el ejemplo soviético, cuando es notorio que la concepción socialista de los derechos fundamentales es, por principio, opuesta a los presupuestos liberales e individualistas que subyacen a la noción del derecho público subjetivo, entendido como autolimitación de la actividad estatal en favor del interés de los particulares. De otro lado, su conclusión no parece convincente, ya que sustraer los derechos sociales del marco constitucional de positivación de los derechos fundamentales implica: de un lado, consagrar la fractura entre libertades públicas y derechos sociales, propia de la lógica individualista; y de otro, privarles, con el pretexto de su mejor regulación técnica en la legislación ordinaria, de su carácter ejemplar y fundamental (de su carácter ideal como reconoce el propio Tomandl) de toda la convivencia política. Es evidente que los derechos sociales, como todos los derechos fundamen-

³⁰ Cfr. E. FECHNER, *Die soziologische Grenze der Grundrechte*, Mohr, Tübingen, 1954, pp. 33 y ss.; P. HÄBERLE, *Grundrechte Im Leistungsstaat*, Cit, pp. 95 ss.; P. SCUINEIDER, *Droits sociaux et doctrine des droits de l'homme*, en APD, 1967, pp. 317 ss.; H. WILLKE, *Stand und Kritik der neurenen Grundrechtstheorie*, Duncker & Humblot, Berlín, 1975, pp. 219 ss.

³¹ Th. TOMANDL, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, Mohr, Tübingen, 1967, pp. 24 ss. y 44-46.

tales, se hallan sujetos a una paulatina transformación en la medida en que varían las condiciones socioeconómicas sobre las que se asientan. Ahora bien, esto no es motivo para desconstitucionalizarlos, ya que ello supondría dejar al margen de la ley fundamental uno de los aspectos más importantes que, precisamente, está llamada a reglamentar. En cierto modo el estudio de Tomandl, al poner de relieve las insuficiencias de los mecanismos actuales de positivación constitucional de los derechos sociales, es un dato elocuente de los esfuerzos, cada vez más intensos, fruto de las presiones de la propia experiencia social de perfilar con mayor nitidez su *status* positivo. Que los resultados no sean hasta la fecha plenamente satisfactorios, no es razón suficiente para soslayar esta imperiosa exigencia de nuestro tiempo. Por su parte la doctrina italiana se muestra, en general, partidaria de reconocer el valor jurídico-positivo de los derechos sociales, al ser plenamente consciente de que la Carta constitucional de 1948 suponía una profunda transformación hasta el punto de haber sido considerada como *Il simbolo a cui fanno appello i sentimenti di libertà e di giustizia*³².

El principio social se halla proclamado en el artículo 3,2 de la Constitución, donde se afirma textualmente que: *È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e di eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti... all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*. Esta disposición ha sido considerada como fuente de un deber político y jurídico para el Estado de promover una igualdad económica que sirviera de base a que todos los ciudadanos pudieran gozar de aquellos derechos fundamentales que la Constitución considera conexos con el pleno desarrollo de la personalidad humana³³. Este principio se estima que no tan sólo debe servir de fundamento a todos los derechos sociales reconocidos en la primera parte del texto constitucional italiano, sino que debe servir de inspiración para el funcionamiento de todas las instituciones jurídicas públicas y privadas. De este modo la citada norma constitucional ha servido de fundamento para replantear la función de la equidad, e incluso a determinadas actitudes dentro del llamado «uso alternativo del derecho». En el sentido de que, si se parte del principio de que los ciudadanos son iguales ante la ley y poseen

³² V. FROSINI, *Costituzione e società civile*, Edizioni di Comunità, Milano, 1975, p. 102. M. CAPPELLETTI ha calificado al texto constitucional italiano de: «programa social económicamente revolucionario», *Il diritti sociali di libertà nella concezione di Piero Calamandrei*, en su vol. *Processo e ideologie*, Il Mulino, Bologna, 1969, p. 524.

³³ Cfr. M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, cit., pp. 803-804; C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica italiana*, en *Enciclopedia del Diritto*, cit., vol. XI, p. 222.

los mismos derechos, deben poder participar en situación de igualdad en las ventajas que dimanar de la sociedad, y que es tarea del Estado hacer que tal derecho sea respetado, evitando que los más poderosos opriman a los débiles y que la desigualdad de hecho destruya la igualdad jurídica³⁴.

6. LIBERTADES INDIVIDUALES Y DERECHOS SOCIALES

Conviene señalar, finalmente, que, pese a las peculiaridades evidentes que distinguen la nueva categoría de los derechos tradicionales de libertad, no por ello cabe establecer una fractura tajante entre ambas, como se desprende de las tesis que niegan a los primeros la positividad. Un análisis de la estructura de los derechos sociales permite revelar que no se dan diferencias sustanciales respecto de las libertades en los planos de:

a) *La fundamentación*, ya que es inexacta la postura doctrinal «que supone un fundamento iusnaturalista en las libertades negándolo a los derechos sociales, que son considerados como una categoría contingente en la que, en la mayor parte de ocasiones, se proclaman necesidades artificiales o transitorias»³⁵.

Precisamente las nuevas corrientes de pensamiento iusnaturalista insisten en apartarse de la vieja aspiración del iusnaturalismo racionalista de formular, de una vez por todas, el catálogo eterno e inmutable de los derechos del hombre, por considerar que tal actitud fue uno de los principales errores que abonaron la crítica historicista contra el derecho natural. En nuestros días diversas tendencias y corrientes iusnaturalistas se han hecho cada vez más sensibles a la historia; y bien sea en base a la tradición iusnaturalista clásica que siempre fue consciente de la necesidad de adecuar los principios del derecho natural a las circunstancias de tiempo y lugar, bien recurriendo a fundamentaciones de tipo sociológico, coinciden en propugnar una concepción abierta y dinámica de los derechos naturales. Es más, dadas las exigencias de la compleja sociedad de nuestra época, no han faltado quienes han puesto de relieve que los derechos fundamentales sólo pueden desempeñar una función para los individuos en tanto que derechos sociales: «die Grundrechte überhaupt nur als *soziale Grundrechte* eine Funktion für das Individuum haben können»³⁶. De ahí

³⁴ Cfr. *Lequità* Atti del Convegno di studio svoltosi a Lecce (9-11 novembre 1973), Giuffrè, Milano, 1975; y la op. col. a cargo de P. BARCELLONA, *Euso alternativo del diritto*, Laterza, Bari, 1973.

³⁵ Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*, cit., pp. 128 ss.; N. PÉREZ SERRANO, *La evolución de las declaraciones de derechos*, cit., pp. 86 ss.

³⁶ H. WILLKE, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, cit., p. 219.

que atendiendo a la fundamentación de estos derechos se estime que más que una categoría especial de derechos fundamentales constituyen un medio positivo para dar un contenido real y una posibilidad de ejercicio eficaz a todos los derechos y libertades³⁷.

Es evidente que en el plano de la fundamentación no puede considerarse menos natural el derecho a la salud, a la cultura y al trabajo que asegure un nivel económico de existencia conforme a la dignidad humana que el derecho a la libertad de opinión o el derecho de sufragio. De otra parte, resulta evidente también que de poco sirve proclamar determinadas libertades para aquellos sectores de población que carecen de medios para disfrutarlas. El realismo más elemental obliga a reconocer que las libertades puras, aquellas cuyo disfrute sólo dependería de la abstención del Estado, se hallan irremediamente superadas por la evolución económica y social de nuestro tiempo. ¿Qué sería —se pregunta Burdeau— de la libertad de circulación sin un código del tráfico, de la libertad de cultos sin las subvenciones para el mantenimiento de los templos, de la libertad de prensa sin privilegios fiscales para los periódicos...³⁸. En la coyuntura actual lo mismo el disfrute de las libertades que el de los derechos sociales exigen una política social apropiada y unas medidas económicas por parte del Estado. Sin ellas, proclamar que la escuela o la cultura se hallan abiertas a todos se ha dicho que sería tan ilusorio como decir que el Hotel Ritz se halla abierto a todos³⁹.

La complementariedad recíproca que en el terreno de la fundamentación asumen ambas categorías de derechos es corolario de la necesaria intervención estatal para su realización efectiva; intervención que ha ido aunada al progresivo reconocimiento de los derechos sociales. De ahí que si el reconocimiento de los derechos individuales supone una garantía frente al absolutismo del Estado, que si no sitúa como fin de su política social la libertad, degrada los derechos de sus ciudadanos a simples intereses objeto de protección en cuanto sean acordes con los de quienes ejercen el poder; la proclamación de los derechos sociales suponen una garan-

³⁷ Así, ha podido escribir W. ABENDROTH que: «... die Grundrechte sind aus liberalen *Ausklammerungsrechten* zu demokratischen *Beteiligungsrechten*... geworden», en su vol. *Das Grundgesetz. Eine Einführung in seine politischen Probleme*, Neske, Stuttgart, 1966, p. 75. En el mismo sentido se han manifestado: P. HABERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, cit., pp. 90 ss.; y H. VAN IMPE, *Les droits économicques et sociaux constituent-ds une catégorie spécifique de libertés publiques*, cit., p. 48; vid., también, A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 90 ss. y 120 ss.; id., *Los derechos fundamentales*, cit. pp. 203 ss.

³⁸ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, cit., p. 19, nota.

³⁹ La frase es del Prof. CALOSSO, cit., por M. STASZKÓW, *Quelques rentarques sur les droits économicques et sociaux*, cit., p. 55.

tía para la democracia, esto es, para el efectivo disfrute de las libertades civiles y políticas.

b) En el plano de la *formulación* tampoco parece aceptable la teoría que sostiene que, mientras las libertades se hallan plenamente positivizadas en la Constitución, los derechos sociales tan sólo pueden ser recogidos programáticamente, pero no adquirirán carácter jurídico-positivo hasta no ser desarrollados por vía legislativa⁴⁰.

El Derecho constitucional comparado ofrece numerosas muestras de derechos sociales cuya actuación no exige la integración legislativa. Así, por ejemplo, se ha puesto de relieve que en Italia el derecho a un salario equitativo ha sido generalmente considerado por la jurisprudencia como fundado de forma inmediata en el artículo 36 de la Constitución⁴¹. En tanto que los derechos de libertad necesitan también, en muchas ocasiones, de la intervención del legislador para poder ser directamente exigibles y, en consecuencia, para poseer plena garantía.

c) En relación con lo anterior, y respecto a la *tutela* de ambas categorías de derechos, debe también rechazarse la afirmación de que mientras los derechos de libertad se benefician de la tutela constitucional directamente los derechos sociales no pueden ser objeto inmediato de tal tutela⁴². Si la Constitución puede formular positivamente los derechos sociales puede también tutelarlos en igual medida que a los demás derechos en ella proclamados. Así, si se proclama por vía constitucional y con carácter general para todos los trabajadores el derecho a la asistencia sanitaria podría impugnarse como anticonstitucional cualquier disposición de rango inferior que excluye a un determinado grupo de trabajadores de ese beneficio, al igual que una ley que suprimiera la libertad de culto o el derecho de sufragio⁴³.

⁴⁰ Cfr. E. FORSTHOFF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, cit., pp. 27 ss.; D. H. SCHEUING, *La protection des droits fondamentaux en République Federale d'Allemagne*, en la op. col. *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*, cit., vol. 111, pp. 315 ss.

⁴¹ M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, cit., p. 806.

⁴² Cfr. J. RIVERO, *Les libertés publiques*, cit., pp. 104 ss.

⁴³ Cfr. M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, cit., pp. 806-807.

7. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL DERECHO PRIVADO

Un problema más arduo es el que se refiere a la *titularidad* de los derechos sociales y su eficacia frente a terceros. Ya que, en muchas ocasiones, el Estado no realiza directamente las obligaciones que se derivan de estos derechos, sino que las impone a otros sujetos, de modo especial a los empresarios en las prestaciones que se desprenden del derecho al trabajo. Por ello se ha suscitado la cuestión de si la titularidad de estas facultades jurídicas corresponde sólo al Estado o también es un derecho que puede surgir de las relaciones jurídicas entre trabajadores y empresarios. El problema ha sido abordado con especial atención por la doctrina y la jurisprudencia alemana en relación con la denominada *Drittwirkung der Grundrechte* (eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales). Se trata, en suma, de la aplicación de los derechos fundamentales no sólo en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también en las relaciones entre personas privadas. Se ha objetado, por algunos sectores doctrinales, que esta tesis es fruto de una ilación lógica incorrecta, que desconoce la auténtica naturaleza de los derechos fundamentales, ya que se entiende que tales derechos son derechos públicos subjetivos destinados a regular relaciones de subordinación entre el Estado y sus súbditos, pero que no pueden proyectarse lógicamente a la esfera de las relaciones privadas presididas por el principio de la coordinación. Desde esta óptica se conciben los derechos fundamentales como preceptos normativos surgidos para tutelar a los ciudadanos de la omnipotencia del Estado, pero que no tienen razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango donde se desarrollan las relaciones entre particulares.

Es fácil advertir el carácter ideológico de este razonamiento ligado a una concepción puramente *formal* de la igualdad entre los diversos miembros integrantes de la sociedad. Pero es un hecho notorio que en la sociedad moderna neocapitalista esa igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia en el plano privado de centros de poder, no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos. De ahí que se haya tenido que recurrir a una serie de medidas destinadas a superar los obstáculos que de hecho se oponen al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de la totalidad de los ciudadanos en un plano de igualdad.

La repercusión del principio de la *Drittwirkung* en el plano del reconocimiento jurídico de los derechos sociales ha sido clara. Tales derechos han sido derivados por la doctrina y la jurisprudencia alemanas del artículo

20,1 del *Grundgesetz*, donde se afirma: *Die Bundesrepublik ist ein demokratischen und sozialen Bundesstaat*. Se ha visto en esta cláusula general una directiva para todos los poderes públicos y órganos del Estado encaminada a corregir los desequilibrios que de hecho existen en las relaciones entre particulares. De forma explícita, y con especial referencia a los derechos sociales, ha señalado el Tribunal (Supremo) federal del trabajo (*Bundesarbeitsgericht*) que estos derechos fundamentales no garantizan sólo la libertad del individuo frente al poder público, sino que contienen principios ordenadores de la vida social (*Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben*), que tienen también relevancia inmediata para las relaciones jurídico-privadas⁴⁴.

Es difícil resolver el problema de la incidencia en el derecho privado de los derechos sociales fundamentales en sentido uniforme, ya que depende de la técnica según la cual hayan sido formulados en cada sistema constitucional. En todo caso, en los sistemas en que se considere que los beneficiarios de los derechos sociales pueden asumir su titularidad, tales derechos funcionarán y deberán entenderse como auténticos derechos fundamentales y no como un mero reflejo normativo para las relaciones entre obligados y beneficiados en el ámbito privado.

Debe tenerse presente que quienes impugnan el principio de la *Drittwirkung* parten de una supuesta identidad entre las nociones de los derechos públicos subjetivos y los derechos fundamentales que no se comparte

⁴⁴ Cfr. la sentencia de 3 de diciembre de 1954, en «Neue Juristische Wochenschrift», 1955, pp. 606 ss. La tesis de la *Drittwirkung der Grundrechte* fue enunciada por H. C. NIPPERDEY, *Die Würde des Menschen*, en el vol. col. a cargo de F. L. NEUMANN, H. C. NIPPERDEY Y U. SCHEUNER, *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, t. II, Duncker & Humblot, Berlín, 1954, pp. 18 ss.; también ha contribuido a perfilar su alcance: J. SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, Goldmann. München, 1971. En contra de ella se han pronunciado; E. FORSTHOFF, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, en *Festschrift für Carl Schmitt*, Duncker & Humblot, Berlín, 1959, pp. 44 ss.; y H. PETERS, *Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1969, pp. 244 ss. Respecto al desarrollo, en general, de los derechos fundamentales en relaciones jurídicas de derecho privado, vid. en la doctrina italiana: P. RESCIGNO, 11 *principio di eguaglianza nel diritto privato*, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 1959, pp. 1515 ss.; P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1947; en la doctrina alemana: R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a M., 1986, de la que existe una cuidada versión en castellano de E. Garzón Valdés, revisada por R. Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 506 ss.; W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, Beck, München, 1960; L. RAISER, *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht*, en ZfH, 1947, pp. 75 ss.; W. REIMERS, *Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht*, Broschek, Hamburg, 1958; en España, vid. los trabajos de: J. M. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, BOE & CEPC, Madrid, 1997; T. QUADRA-SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981; J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986; A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 92 ss. y 312 ss.

en esta investigación. Ya que los derechos públicos subjetivos, ligados al Estado liberal de Derecho, reposaban en un acentuado individualismo, que ha sido superado por la noción más amplia de los derechos fundamentales, surgida precisamente para englobar no sólo a las libertades tradicionales de signo individual, sino también a los derechos sociales. Por ello, los derechos fundamentales no limitan su esfera de aplicación a las relaciones entre el Estado y los particulares, sino que pueden dar lugar a preceptos jurídicos aplicables en el seno de las relaciones entre personas privadas, cuando sea necesario establecer un equilibrio entre situaciones marcadamente desiguales. En otras palabras, los derechos sociales, en cuanto derechos fundamentales, suponen la consagración jurídica de unos valores que por su propia significación de básicos para la convivencia política no limitan su esfera de aplicación al sector público o al privado, sino que deben ser respetados en todos los sectores del ordenamiento jurídico.

Debe, por último, insistirse en que la titularidad de los derechos sociales no debe considerarse privativa de los grupos, sino que, como ya se ha indicado, puede corresponder también a los individuos. Ya que la función de los derechos sociales no es tanto la de hacer titulares de sus facultades a los grupos, sino más bien la de proyectar su titularidad al individuo que actúa y desarrolla su existencia concreta integrado en determinadas agrupaciones sin que, por tanto, sus intereses puedan marginarse por completo del bien colectivo⁴⁵.

8. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Antes de poner fin a esta exposición conviene hacer referencia al sistema de positivación de los derechos sociales empleado en la Constitución española de 1978. Sobre esta cuestión puede afirmarse que los instrumentos de positivación empleados en el texto constitucional para formular los derechos sociales responden a la tipología anteriormente expuesta. Los derechos económicos, sociales y culturales vienen proclamados, por tanto, como:

- 1) Principios constitucionales programáticos. En este sentido debe entenderse la aspiración recogida en el Preámbulo de: «Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo»; o de la voluntad

⁴⁵ Cfr. G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, cit., pp. 7-8; P. SCHNEIDER, *Droits sociaux et doctrine des droits de L'homme*, cit., p. 329.

de la Nación española de: «Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida», expresada en el mismo lugar.

- 2) Principios constitucionales para la actuación de los poderes públicos. Este es el nivel de positivación en que se hallan formulados los artículos, ya comentados, 9,2 y 39 a 52, que se refieren a los «principios rectores de la política social y económica».
- 3) Normas o cláusulas generales a desarrollar por leyes orgánicas. De los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos como normas se remiten para su concreción a la ley: el control y gestión de los establecimientos docentes de carácter público (art. 27,7); las exigencias que deben reunir los centros docentes para ser subvencionados por los poderes públicos (art. 27,9); la autonomía de las Universidades (art. 27,10); el derecho a la sindicación de militares y funcionarios (art. 28,1); el derecho a la huelga (art. 28,2); el estatuto de los trabajadores (art. 25,2); y la reglamentación de convenios y conflictos laborales (art. 37).
- 4) Normas específicas o casuísticas. Entre los supuestos normativos formuladores de derechos económicos, sociales y culturales que pueden ser objeto de aplicación inmediata ante los tribunales o, en su caso, de recurso de amparo, pueden reseñarse: el derecho a la educación recogido en el artículo 27 (con las salvedades que establecen los apartados 7,9 y 10, ya mencionadas) y el derecho a la libre sindicación (art. 28.1), excepto en lo que se refiere a militares y funcionarios. Respecto a aquellos que pueden ser objeto de aplicación mediata a través del recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 161, a), cabe hacer alusión al reconocimiento del derecho al trabajo a tenor de lo dispuesto en el artículo 35, 1.

El sistema de positivación de los derechos sociales participa de las ventajas e inconvenientes de los mecanismos de positivación empleados por nuestro texto constitucional. En particular, los defectos sistemáticos que se reflejan aquí con especial intensidad. De forma que, por ejemplo, problemas tan íntimamente conexos como los referidos a la creación, organización y función de los sindicatos aparecen regulados en el Título preliminar (art. 7); en el Capítulo segundo del Título I dentro de los derechos fundamentales y las libertades públicas (art. 28, 1); y en el Capítulo tercero del mismo Título encuadrados en los principios rectores de la política social y económica (art. 52). Todo ello en detrimento de la unidad estructural de los supuestos tipificados e introduciendo por la

pluralidad de reglamentaciones y medios de tutela la consiguiente incertidumbre respecto a su real significación. Estimo que es la vieja lógica individualista propiciadora de la concepción de fractura entre libertades y derechos sociales la que ha gravitado, por las propias condiciones políticas en que se ha gestado el proceso constituyente, tras éste y otros ejemplos de escisión. Una escisión que marca una neta diferencia entre lo que se reputa libertad individual en cuanto esfera de interés privado cuyo disfrute se cree garantizado a través de la mera autolimitación estatal, y lo que se entiende como derecho social en cuanto esfera de interés colectivo que requiere para su ejercicio y tutela la creación de los correspondientes servicios por parte de los poderes públicos.

En diversos apartados de este trabajo se ha criticado este planteamiento de fractura, así como los supuestos ideológicos a que responde. De ahí que se haya perdido una buena ocasión de haber dado rango constitucional a una concepción de los derechos fundamentales, entendidos como superación dialéctica de la bipartición libertades individuales-derechos sociales, en cuanto compartimentos estancos recíprocamente excluyentes. Sin embargo, pienso que una lectura avanzada de determinados artículos de la Constitución tales como el 9,2 y el 10,1, que cifran en la emancipación de la persona humana por el desarrollo plenario de sus dimensiones y exigencias, una vez superados los obstáculos de orden social y económico que se oponen a ella, puede servir de criterio hermenéutico básico para una concepción constitucional de los derechos fundamentales superadora de la fractura⁴⁶.

Otro importante aspecto que puede resultar polémico en nuestro sistema de positivación de los derechos sociales es el de la continua remisión constitucional a las leyes para delimitar su alcance. Ello implica una desconstitucionalización práctica de los intereses colectivos reconocidos en el texto articulado como fundamentales, pero relegados, en cuanto a la fijación de su contenido, al legislador ordinario; esto es, a la opinión de las mayorías parlamentarias.

También el hecho de que se atribuyan a las Comunidades Autónomas importantes competencias en el plano económico, social y cultural, a tenor de lo dispuesto en el artículo 148, puede influir decisivamente para bien en el caso de que ello redunde en una ampliación y mayor eficacia de los instrumentos de cobertura o para mal en el supuesto de que se susciten conflictos de competencia o prácticas inhibitorias, en la configuración de nuestro sistema de derechos sociales. No obstante conviene

⁴⁶ Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 94 ss. ; id., *Los derechos fundamentales*, cit. pp. 203 ss.

recordar al respecto que la Constitución asigna al Estado competencia exclusiva para: «La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»(art. 149,1).

En nuestro sistema constitucional de positivación de los derechos sociales se dan algunas paradojas que no dejan de suscitar perplejidad. Así, por ejemplo, la Constitución garantiza que el condenado a penas privativas de libertad: «tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social» (art. 25, 2); algo que no se puede hacer extensivo a los ciudadanos libres. El texto constitucional proclama, asimismo, que: «El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero» (art. 42), compromiso que no se hace extensivo respecto a los trabajadores españoles en España...⁴⁷.

Por lo que respecta a la garantía de los derechos sociales consagrados en los artículos 39 a 52, debe advertirse que forman parte del Título I de la Constitución que trata «De los derechos y deberes fundamentales», si bien se integran en su Capítulo 3.º referido a «los principios rectores de la política social y económica». Tales principios a tenor del artículo 53,3 informarán «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Ahora bien, «sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Se ha escrito, con razón, que se trata de una expresión desgraciada, pero que claramente no puede interpretarse como una prohibición de alegación, y menos de aplicación... de tales principios por los Tribunales ordinarios, interpretación que sería contradictoria con el párrafo inmediatamente anterior del mismo precepto⁴⁸. En efecto, difícilmente se podría cumplir el imperativo constitucional de que esas normas informen la práctica judicial, si no pueden ser objeto de alegación o aplicación por los tribunales. Además, 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 todos los artículos integrados en el Capítulo 3.º del Título I forman parte. 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); a interpretar

⁴⁷ Cfr. J. L. CASCAJO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, cit., pp. 47 ss.; B. DE CASTRO CID, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, cit., pp. 183 ss.

⁴⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, en el vol. col. *La Constitución española de 1978*. Estudio sistemático dirigido por los profesores A. Predieri y E. García de Enterría, Madrid, 1980, p 118.

y aplicar todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución (art. 9,1); y a tutelar el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de todas las personas (art. 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 induce el carácter normativo y la plena vinculatoriedad de todos los preceptos recogidos en el Capítulo 3.º sin que se les pueda relegar (aunque la infeliz expresión terminológica del art. 53,3 parezca sugerirlo) a meros principios programáticos.

Incluso pudiera aducirse, en favor de su normatividad, la invocación que expresamente se contiene en el artículo 10,2 para interpretar el estatuto de los derechos fundamentales «de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Es más, el artículo 96,1 proclama que: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». Pues bien, nuestro país ratificó en 1977 el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU en el que se reconocen la mayor parte de los derechos sociales integrados en el Capítulo 3.º de nuestra Constitución.

En todo caso, el carácter finalista de estos preceptos no sólo hace ilegítimas a las disposiciones que persigan fines diversos o contradictorios, sino que imponen al legislador la obligación de promulgar las leyes y actuaciones necesarias para la consecución de sus objetivos. De ahí que cualquier disposición legislativa, así como las actuaciones administrativas o judiciales que sean contradictorias a los derechos sociales deban considerarse como anticonstitucionales en nuestro sistema.

Parece obligado advertir, no obstante, que la posibilidad de concebir a los derechos sociales como derechos fundamentales en el seno de nuestro ordenamiento jurídico se trata de una cuestión controvertida. El planteamiento favorable al carácter jurídicofundamental de los derechos sociales, opción que aquí se defiende, implica decantarse por un criterio *material e integrador* del sistema de derechos fundamentales de nuestra Constitución. Se aparta, por tanto, de la tesis predominante por 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 y la Sección 1.ª de dicho Título I. 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. Frente a ellas cabe aducir que los derechos del Capítulo III

del Título I poseen todos los requisitos para ser considerados como derechos fundamentales: se trata, en efecto, de derechos humanos que han sido positivizados en la Constitución y que gozan de las garantías jurídicas anteriormente expuestas. No es ocioso recordar que la categoría de los derechos fundamentales posee un significado «cualitativo»: se trata de los derechos humanos positivizados constitucionalmente, aunque sea diversa «la cantidad» de instrumentos jurídicos previstos para reforzar su tutela. En favor de la consideración de los derechos sociales como fundamentales en la Constitución, se puede aducir su propia inserción en el Título I que trata «De los derechos y deberes fundamentales». Téngase presente que la Constitución define todos los derechos y deberes contenidos en el Título I como fundamentales y alude textualmente al rotular el Capítulo 4.º de dicho Título a las «garantías de las libertades y derechos fundamentales», pormenorizando allí los respectivos instrumentos de protección de los derechos recogidos en los distintos capítulos y secciones del Título I. En otro caso, la interpretación restrictiva conduciría el resultado paradójico de mantener que únicamente algunos de los derechos y libertades consignados en el Título I tienen el rango de fundamentales, quedando relegados los demás a la condición de accesorios o subsidiarios. Debe, por tanto, concluirse 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 económico, sociales y culturales, que exigen una función activa del Estado a través de los correspondientes servicios públicos o prestaciones⁴⁹.

Conviene insistir en que la noción de los derechos fundamentales no coincide con los derechos públicos subjetivos, ligados a la concepción individualista propia del Estado liberal de Derecho, sino que engloba también a los derechos económicos, sociales y culturales. A medida que el Estado social de Derecho ha ido adquiriendo autenticidad democrática (o, en opinión de algunos, ha devenido Estado democrático de Derecho o se halla en camino de hacerlo), la propia idea de los derechos fundamentales ha perfilado su propio *status* significativo. Han dejado así de entenderse como *Staatsschranken* (límites de la acción estatal) caracterizados por una función prioritaria de defensa (*Abwehrfunktion*), para asumir

⁴⁹ Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 468 y ss.; id., *Los derechos fundamentales*, cit. pp. 61 ss.

el papel de auténticos *Staatszwecke* (fines de la acción estatal) a través de la garantía de la participación (*Teilnahmefunktion*) de los ciudadanos en las diversas esferas de la vida social, económica y cultural. Por tal motivo, cuando se impugna la posibilidad de concebir a los derechos sociales como derechos fundamentales, se incurre en el equívoco de circunscribir el ámbito de tales derechos al de las libertades tradicionales de signo individual (una de cuyas modalidades más importantes fue la de los derechos públicos subjetivos).

En la medida en que el núcleo referencial del contenido de los derechos fundamentales se conecte con el sistema de necesidades humanas básicas, disminuye la resistencia a admitir como tales las reivindicaciones de signo económico, social y cultural que configuran la esfera de las exigencias humanas, todavía insatisfechas. Debe tenerse en cuenta que la apelación a este sistema de necesidades radicales no se basa en la imagen de una condición abstracta del hombre producto de un modelo ilusorio de la humanidad, sino que parte de las circunstancias concretas de la experiencia humana en contextos social, histórica y territorialmente determinados. De ahí que se considere un fin primordial de cualquier Estado democrático el establecer mecanismos de tutela capaces de rescatar al hombre de la presión de aquellos poderes que impiden la satisfacción de sus necesidades radicales de carácter económico, social y cultural⁵⁰.

En todo caso, 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. No hay que olvidar que la persistencia en nuestro país del modo de producción neocapitalista condiciona, sin duda, el contenido de nuestro sistema de derechos económicos, sociales y culturales. Pero, aun así, debe sostenerse que incluso los derechos sociales que en la Constitución se reconocen tímidamente como «principios rectores de la política social y económica» no tienen el carácter de meros postulados ideales programáticos, sino que son auténticos principios constitucionales. 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 completar la democracia política con la democracia económica y social.

⁵⁰ Sobre la fundamentación de los derechos sociales a partir de las necesidades, vid., las sugerentes observaciones de: F. J. CONTRERAS PELÁEZ, *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 41 ss. y 52 ss.