

GD

*ESTUDIOS*



## Derechos sociales

*José Luis Cascajo Castro*  
Universidad de Salamanca  
cascajo@usal.es

### Resumen

*El trabajo parte de los presupuestos básicos que condicionan el tratamiento de los derechos sociales en la actualidad, ayudándose de la teoría política, la historia y el derecho comparado. Después plantea los problemas conceptuales más acuciantes que suscita tan equívoca categoría conceptual en la dogmática jurídica del Derecho Constitucional, argumentando a favor de otorgar a los derechos sociales la condición de derechos fundamentales “in fieri”. Analiza su dimensión subjetiva y objetiva, además de proponer nuevas lecturas del art. 53.3 de la Constitución española vigente. Termina abordando el mapa de problemas que plantea la protección jurisdiccional de este tipo de derechos.*

### Palabras Clave

*Derechos Sociales, Derechos Fundamentales, Derechos subjetivos, Relaciones entre los diversos tipos o clases de derechos, Garantías jurisdiccionales, Niveles de protección en el constitucionalismo multinivel.*

## Social rights

### Abstract

*This paper sets out from the basic premises that currently determine how social rights are treated, referring to political theory, history and comparative law. It then addresses the most pressing issues prompted by this ambiguous conceptual category in constitutional law doctrine, arguing that social rights should be given the status of fundamental rights in fieri. It analyses their subjective and objective dimensions and proposes new readings of article 53.3 of the Spanish Constitution. It ends by surveying the problems involved in the judicial protection of such rights.*

### Keywords

*Social rights, Fundamental rights, Subjective rights, Relationships between various types or classes of rights, Judicial guarantees, Levels of protection in multi-level constitutionalism*

## 1. PRESUPUESTOS

De la fórmula DERECHOS SOCIALES podría decirse como de la del DERECHO NATURAL que se trata de un centauro jurídico del que resulta tan difícil descabargar como montarlo a pelo. Descendiendo del género a la especie y parafraseando a I. Berlin podríamos afirmar que cada derecho social es lo que es, y no es la libertad ni la igualdad ni la justicia ni la cultura ni la felicidad ni la buena conciencia, aunque a mi juicio, en alguna medida participa de todos estos valores. También cabe recordar que el campo de los derechos sociales puede configurarse como ámbito de lo contradictorio, lo diferente, lo desigual, que supone una ampliación del espacio público y una ampliación de los espacios desmercantilizados.<sup>1</sup>

Y podría ser pertinente también traer a colación la idea de igualdad compleja, es decir, ese tipo de igualdad que según Walzer<sup>2</sup> se produce a través de muchas desigualdades separadas, que se anulan o compensan unas a otras de manera tal que ninguna puede escogerse como la triunfadora general. A la diversidad de bienes sociales en presencia correspondería también una diversidad de criterios distributivos, sin olvidar que una sociedad justa promueve las restricciones a la libertad de mercado a fin de dar cabida a los diversos principios distributivos que son apropiados en las esferas no mercantiles.

Pero dejando para los filósofos el mundo de la fundamentación axiológica, aquí de lo que se trata es de dar *mayor consistencia constitucional* a la figura de los derechos sociales. Y esta tarea puede significar, entre otras cosas, limitar la disponibilidad de los mismos por parte del legislador, hacerlos más justiciables y dotarles de mecanismos de garantías más adecuados. En este sentido no creo que todas las tesis sobre los derechos sociales terminen convirtiéndose en ideología barnizada de dogmática, ni que su estudio lleve siempre a patinar sobre el hielo quebradizo de las conflictivas teorías de la justicia.

### 1.1. Una precisión histórica

Interesa recordar que en los hitos constituyentes de FRANCIA en torno a los textos del 89,93 y 95 hay toda una unidad intelectual del proceso revolucionario.<sup>3</sup> El espacio intelectual es el mismo y los elementos con los cuales se juega están todos presentes desde el comienzo de la discusión. No cabe pues exagerar la división y menos aún la contraposición entre la prudencia burguesa, la audacia jacobina y el espanto termidoriano.

1 Cfr. C. de Cabo, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010, p. 83.

2 Cfr. D. Miller y M. Walzer (Compiladores) *Pluralidad, Justicia e Igualdad*, Ed. F.C.E. Buenos Aires, 1996, traducción de Horacio Pons, p. 135.

3 Cfr. La voz DERECHOS DEL HOMBRE de Marcel Gauchet, en el *Diccionario de la Revolución Francesa* de F. Furet y M. Ozouf, Alianza, Madrid, 1989, p. 563 y ss.

Se pone en duda que los famosos derechos sociales separaran supuestamente las preocupaciones populares del 93 respecto al liberalismo de los Constituyentes, vinculado excesivamente a la propiedad (M. Gauchet). Los archivos parlamentarios revelan que casi la mitad de los proyectos del 89 incluyen en su contenido las ayudas, incluso el trabajo entre las garantías primordiales que una colectividad debe a sus miembros.

Por su importancia merece la pena recordar el proyecto de Sieyes.

La plenitud de los derechos naturales en el interior del estado de sociedad es lo que, en el espíritu de Sieyes, se trata de asegurar. Aquello implica claramente a sus ojos los derechos que se llamarán más tarde “sociales”. “Las ventajas que se pueden conseguir del estado social no se limitan a la protección eficaz y completa de la libertad individual: los ciudadanos tienen además derecho a todos los beneficios de la asociación... Nadie ignora que los miembros de la sociedad obtienen las mayores ventajas de las propiedades públicas, de las obras públicas. Se sabe que aquellos de los ciudadanos a los que una suerte desgraciada condena a la impotencia para proveer a sus necesidades tienen justos derechos a percibir los auxilios de sus conciudadanos...”. Todo el mundo sabe que no hay nada más adecuado para perfeccionar la especie humana, en lo moral y en lo físico, que un buen sistema de educación y de instrucción pública... En suma los ciudadanos en común tienen derecho a todo lo que el Estado puede hacer en su favor.

Ideas análogas subrayan que el hombre debe vivir de su trabajo y todo hombre que no pueda trabajar debe ser socorrido. Se trata pues de un reconocimiento “avant la lettre” de los fines y medios del Estado social, deducidos de la naturaleza del hombre, que nos obliga a preguntarnos sobre el origen de los derechos sociales, demasiado comodamente atribuidos a la irrupción del movimiento popular. De modo que tanto ayer como hoy lo que se ventila, lo que está en juego de la condición humana, son precisamente los derechos sociales.

## 1.2. Sobre la dificultad para hablar hoy de los derechos sociales

En el último libro de Tony Judt titulado precisamente “Algo va mal”<sup>4</sup> se dice que «los Estados de bienestar de mediados del siglo XX establecieron la profunda *indecencia* de definir la condición cívica en función de la buena fortuna económica». Hoy, aunque estamos familiarizados con los problemas relativos a los derechos sociales, no sólo hemos olvidado cómo hablar de ellos, sino que tenemos serias dificultades para hablar de los mismos, sabiendo con creces que el silencio es cómplice de la injusticia social. El citado historiador denuncia que hayamos valorado insensiblemente la

4 Ed. Taurus, Madrid, 2010. De este mismo autor cfr. Sobre el olvidado siglo xx, Taurus, Madrid, 2008, p. 407 y ss.. Y también debe consultarse su Postguerra, Una historia de Europa desde 1945, Taurus, Madrid, 2006, p. 1138.

eficacia por encima de la compasión. Y que nos hayamos relajado y congratulado por haber ganado la guerra fría: (que es) una forma segura de perder la paz.

Para Judt los años que van desde 1989 a 2009 fueron devorados por las langostas. Los dilemas y deficiencias del Estado de bienestar son consecuencia de la pusilanimidad política más que de la incoherencia económica y denuncia que lo que nos falta es una narración moral: (es decir) una descripción coherente que atribuya una finalidad a nuestros actos de forma que los trascienda.

En circunstancias personales dramáticas el historiador Judt volvió a insistir en dos de los lugares comunes de su defensa de la socialdemocracia. En primer lugar recordó que el acceso desigual a todo tipo de recursos, desde los derechos hasta el agua, es el punto de partida de toda crítica verdaderamente progresista del mundo. Y en segundo lugar llamó la atención sobre la asimetría conocida en virtud de la cual los flujos de capital internacional siguen eludiendo las regulaciones políticas internas mientras que los salarios, jornadas laborales, pensiones y todo lo que importa a la población trabajadora sigue negociándose y disputándose localmente.

En otro libro del mismo autor sobre el olvidado siglo XX ya se había pronunciado a favor del Estado en el sentido de que es el único capaz de determinar con razonable imparcialidad entre las demandas, intereses y bienes en conflicto. Al tiempo que advertía que con los avances sociales ocurre lo mismo que con las libertades políticas. Constantemente se han de detener las amenazas dirigidas a lo que se ha logrado, en vez de suponer que esas conquistas son una parte segura de una herencia intocable. La solvencia del autor, que ha hecho una magnífica historia de Europa desde 1945, avala su juicio sobre el monopolio estatal de cierto tipo de legitimidad política basada todavía en su capacidad para abonar pensiones, conceder subsidios de paro y educar a los niños. “A lo largo del siglo XX el Estado nación europeo asumió responsabilidades considerables respecto al bienestar, la seguridad y la salud de sus ciudadanos. En los últimos años se ha despojado de su molesta capacidad de supervisión sobre la moral privada, y también de algunas iniciativas económicas, no de todas. El resto sigue intacto”.

Lo que cambia es el rol del Estado en relación con los derechos sociales. Nadie duda de que va a seguir siendo responsable de las condiciones sociales, lo que cambia es la forma de los procedimientos de dirección y control de los procesos sociales. Como bien ha visto L. Parejo<sup>5</sup> se transforma el papel del Estado: abandono de la actividad estatal directa (servicio, prestación y dación de bienes) para asumir y reforzar la actividad de dirección, supervisión y control.

Pero dejando aparte el cómodo refugio de la cita de autoridad, se ha dicho con razón que en este tema resulta obligado esforzarse en aclarar de qué hablamos cuan-

---

5 He dispuesto por amable cesión del autor de sus trabajos Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional y El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos.

do hablamos de derechos sociales. Así que por mi parte he ido pensando en una configuración unitaria de los derechos fundamentales, dónde estuvieran también presentes los derechos sociales, de los que cada vez resulta más difícil hablar en términos genéricos, y mucho menos con pretensiones dogmáticas.

Al compás de algunas lecturas sobre esta cuestión, podría pensarse que si la “fundamentalidad” (perdón por el neologismo) de un derecho se basa en su garantía judicial frente al legislador, fundamentales deberían ser también los derechos sociales por muy compleja que sea la técnica positivadora de estos derechos y consecuentemente la prueba a la que se somete su tutela judicial.

En mi opinión el principio de constitucionalidad y también el democrático impiden al legislador, en cualquiera de sus variantes, disponer autónomamente y sin límite de los citados derechos que como es sabido no se configuran, por lo general, como normas de potencial autodisposición ni son indisponibles para el legislador. De modo que sí como dice BASTIDA<sup>6</sup> la fundamentalidad de los derechos es una cuestión de grado, podríamos hablar de una especie de “fundamentalidad gradual”, según la cual unos derechos son más fundamentales que otros en función de su mayor o menor preservación normativa a favor de su titular y frente al legislador.

Se comparta o no esta posición y al margen de una cierta confusión terminológica, lo cierto es que hoy, los derechos sociales transitan abundantemente por nuestro ordenamiento, con independencia de sus normas de reconocimiento (internacionales, regionales, nacionales, autonómicas y locales), descomponiéndose en múltiples figuras jurídicas con sus correspondientes técnicas de protección.

### 1.3. ¿Son los derechos sociales una figura jurídica en permanente minoría de edad?

En la reconstrucción autocalificada de garantista y democrática que Pisarello<sup>7</sup> hace de esta cuestión, parece inclinarse por una respuesta afirmativa. Sostiene además que la percepción devaluada de los derechos sociales (identificándolos con principios rectores o con cláusulas programáticas) se asienta en prejuicios de tipo ideológico. Sin entrar por ahora en la valoración de este tipo de argumentos, fruto también de un cierto voluntarismo de ensayo, sí parece correcto afirmar que este tipo de consideraciones ayuda a entender el origen y la evolución de los derechos sociales no de forma lineal sino más bien discontinua. De modo que como dice el autor una parte de los mismos se configuran hoy como resultados adquiridos, pero otra forma parte de lo que podríamos denominar reivindicación permanente.

6 Cfr. Su trabajo ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?, en el vol. Col. Robert Alexy, Derechos sociales y ponderación. Fundación Coloquio Jurídico europeo, Madrid, 2007, p. 203 y ss.

7 Cfr. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Trotta, Madrid, 2007.

En suma la historia compleja de los derechos sociales no puede olvidar que en muchas ocasiones fueron el resultado de un conflicto. “Fueron siempre conquistas precarias, nunca garantizadas de una vez y para siempre y expuestas, por consiguiente, a un destino abierto de avances y retrocesos”. La propia versatilidad y heterogeneidad de la figura se manifiesta también en la evolución del ámbito jurídico protegido, y de sus propios titulares. Según sea el ordenamiento jurídico de referencia podrá verse cómo este tipo de derechos van más allá de la esfera del trabajo, para ocuparse de otros bienes jurídicos, al tiempo que se conciben como derechos individuales y de grupo, es decir, en su vertiente personal y colectiva, y también como derechos potencialmente universales o derechos específicos vinculados a grupos concretos.

Llama la atención si nos atenemos a la evolución doctrinal en esta materia, que en uno de los manuales más recientes de la asignatura, publicado entre nosotros, se siga hablando de las mismas dificultades denunciadas hace ya muchos años. Esto es, las dificultades para establecer el contenido esencial (en el supuesto que lo tuvieran) de estos derechos frente al legislador o en su concreta exigibilidad ante los Tribunales de justicia.

En este sentido no puede decirse que se haya avanzado mucho, si para caracterizar a la figura de la que nos ocupamos, se sigue apelando a su déficit de concreción constitucional. Este hecho aún resulta más sorprendente si se comprueba la proliferación habida de derechos sociales, que superando las propias bases constitucionales de los mismos en un eje vertical de doble sentido y dirección, se pueden presentar como normas internacionales de ámbito universal, regional y nacional, y ya en el nivel infraconstitucional, a través de normas de los propios Estatutos de Autonomía, en nuestro caso, legales, reglamentarias y administrativas.

A este conjunto normativo debe añadirse la jurisprudencia de los distintos tribunales de justicia que interpretan y aplican el mismo. Este es el material empírico del que se nutre cualquier reflexión cabal de la materia.

Si se buscan visiones generales, puede terminarse no llegando a parte alguna. De modo que, a estas alturas del desarrollo internacional, constitucional y autonómico de la materia, acaso sólo tenga sentido el enfoque analítico de alguno de los elementos de su estructura a la luz de su régimen jurídico-positivo.

#### **1.4. Memorial de las incongruentes tomas de posición de una constitución que parece diseñada para reconocer derechos sociales y al tiempo desactivarlos**

Dentro de los numerosísimos trabajos doctrinales que se han publicado en la última década sobre esta materia, quisiera destacar el breve pero lúcido de M. Revenga,<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Cfr. Los derechos sociales (Instrumentos de garantía en la Constitución española). Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, nº 21, diciembre 2009.



por la manera que tiene de tratar los tópicos más frecuentes sobre los derechos sociales. Y porque algunas de sus tesis contribuyen a dejar sin sentido esa guerra de bandos entre los que sostienen que el estatuto de los derechos sociales se separa inexorablemente del que corresponde a los derechos fundamentales, y los que se hallan en posición contraria.

Para Revenga la expresión en cuestión reproduce en términos dogmáticos la presunta emergencia histórica sucesiva, o por oleadas, de unas generaciones de derechos que parecieran describir una parábola descendente en cuanto a su “fundamentalidad” o régimen de garantías. Afirma también que, salvo la rápida alusión que hace el art. 42 de la CE, el texto de 1978, no contempla, en rigor, a la categoría de los “derechos sociales”, que está además desacreditada y nada a contracorriente de la pretensión de normatividad del actual constitucionalismo.

A la hora de situarla oscila entre el limbo y la expresión “Principios rectores de la política social y económica”, que está mucho más en consonancia con la idea de la Constitución como un precipitado de normas en el que se amalgaman valores, principios y reglas, y en el que las garantías y los ámbitos de salvaguarda de posiciones individuales se yuxtaponen a mandatos de hacer (y a prohibiciones) dirigidas al legislador y a los demás poderes públicos).

Al margen de éstas y otras posiciones del trabajo de referencia, a mí lo que más convence del mismo es que posibilita una nueva lectura del art. 53 de la Constitución, que ya venía siendo necesaria después del desarrollo constitucional y legislativo producido en nuestro ordenamiento.

En efecto no parece de recibo que el principio de vinculación a la Constitución opere de forma distinta según se trate de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I, o bien de los Principios rectores del capítulo III, porque la fuerza normativa de la Constitución (art. 9.1 CE) se proclama respecto a toda ella y no sólo en relación con algunas de sus partes o contenidos.

Tampoco la diferenciación entre derechos y principios debe leerse como un binomio que divide lo exigible y garantizado de aquello otro con valor meramente *informativo* de la legislación “positiva”.

En realidad lo que el art. 53.3 viene a decir es que “la declaración de derechos se divide en función del mayor o menor margen de maniobra del que dispone el legislador a la hora de desarrollarla”.

Muy oportuna me parece la crítica hecha a lo que se denomina el error de la contemplación de la CE como *foto fija*, que tiende a ignorar la complejidad de un “sistema jurídico cuyos materiales van agregándose y ajustándose por aluvión”.

A estas alturas parece superfluo destacar la naturaleza heterogénea y variada en grado extremo del capítulo III del Título I de la CE, donde hay también genuinos dere-

chos, entre otras figuras. Pero ayuda a encaminarse hacia mis posiciones, el reconocimiento de que con la perspectiva de la dinámica constitucional, la línea de separación que distancia a los principios rectores de los genuinos derechos fundamentales se hace bastante más tenue.

En vez de refugiarse en la fácil coartada que supone una lectura simplista del art. 53.3 CE, hay que “considerar el modo a través del cual los desarrollos normativos han ido moldeando (quizás alternando las altas con las bajas) un régimen jurídico hecho de luces y sombras... pero al que no podemos acercarnos con la claudicante impresión de que es un ámbito ajeno a la fuerza normativa de la Constitución y al sistema de valores y fórmulas políticas que le dan fundamento”.

### 1.5. Breve vistazo al constitucionalismo social comparado

Decía Sir William Beveridge<sup>9</sup> que el seguro social, sobre todo, debe de ser nacional. Lo que haga otro país puede ser muy interesante para otros países, quizá merezca la pena conocerlo, pero no es ciertamente algo que deba copiarse pródigamente. Los planes de cada pueblo para su seguridad social forman parte de su cultura nacional y deben adaptarse a sus gustos nacionales, como sus casas, su educación, las formas de sus sombreros femeninos o el significado que se da a la palabra “petardo”.

Estas palabras fueron escritas en un período de transición como el actual, con el propósito de dar ánimo para vencer las dificultades y de demostrar que no había motivo ni razón para el derrotismo. Han pasado casi setenta años y hoy el panorama es bien diferente. En todo caso un vistazo al tratamiento que ha tenido en algunos ordenamientos el régimen jurídico de los derechos sociales no puede resultar fuera de lugar.

De la cultura jurídica italiana llama la atención su consideración de los derechos sociales como un antecedente no discutible, no ligado a condiciones económicas y políticas, que compromete a los poderes públicos a realizar valores y principios que la constitución asume como indefectibles.<sup>10</sup>

Para la jurisprudencia constitucional italiana que tanto se ha ocupado de esta materia, el catálogo abierto de los derechos sociales ha operado siempre como condición transcendental de la propia democracia, pero no siempre se ha correspondido a un tipo de facultades propio del derecho subjetivo.

---

9 Cfr. Las bases de la Seguridad social, F.C.E., México, 1944, p.215. También El Seguro social en Inglaterra. Plan Beveridge, Ediciones Minerva, México, p.81.

10 Me ha sido útil en este punto la lectura del Panorama del Derecho Comparado, debido a C. Vidal Prado, que aparecerá en el vol. Col. DERECHOS SOCIALES Y TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA, coordinado por G. Escobar, quien amablemente me ha proporcionado los textos de algunos de los capítulos de tan importante obra.

Para la doctrina existe un acuerdo sustancial en subrayar a los principios de la dignidad humana y el de igualdad como fundamento último de este tipo de derechos al que algunos suman el principio de solidaridad en su función específica de producir y legitimar deberes, y dónde se supera esa vieja relación conflictiva y desigual con los derechos de libertad.

La Corte Constitucional ha puesto de relieve que si bien tratándose de opciones de política social y económica se confía a la discrecionalidad del legislador, no renuncia a sentar los posibles criterios de constitucionalidad de las leyes de ejecución de derechos sociales, es decir, de controlar las formas y modos propios del uso de la discrecionalidad legislativa. También destaca que algunos de los derechos sociales pueden alcanzar el estatus que el ordenamiento jurídico reserva a los llamados derechos inviolables de la persona, y que en todo caso se les debe asegurar una protección constitucional comparable a la de otros derechos fundamentales.

El rango constitucional de los derechos sociales queda pues fuera de toda duda, y en cuanto que participan del estatus de los derechos fundamentales son irrenunciables, inalienables, indisponibles, intransmisibles e inviolables. Los criterios-guía a los que se ha adaptado la propia Corte han sido, entre otros, el principio de gradualidad de las reformas legislativas, el principio de constitucionalidad provisional de una determinada materia, el principio de actuación parcial inconstitucional, y el criterio de razonabilidad.

En este campo debe resaltarse el papel jugado por las sentencias aditivas (de prestación y de principio), que en ausencia de una disciplina legislativa específica protege a algunos derechos sociales.

De una forma que acaso nos pudiera ser de alguna utilidad, la experiencia italiana manifiesta que con la propia evolución de los niveles esenciales de prestación, van surgiendo situaciones jurídicas con la consideración de derechos subjetivos perfectos.

Aunque sólo sea como punto de referencia no se puede pasar por alto el rico debate doctrinal de la doctrina alemana al respecto. En este sentido conviene recordar la posición de un sector de la misma para quien el propio concepto de derecho social encierra una opacidad terminológica y normativa.

A juicio de K. Stern<sup>11</sup> se trata de un concepto confuso que agrupa a un conglomerado de diversas figuras jurídicas que no tienen una estructura común y no responden a unas categorías dogmáticas claras.

Para CH. Stark los derechos sociales plantean problemas estructurales que los convierten en algo diferente a los derechos fundamentales, en el sentido de dere-

<sup>11</sup> Cfr. por todos, dentro de una literatura inabarcable, E-W. Böckenförde, Escritos sobre Derechos Fundamentales, Nomos, Baden-Baden, 1993, trad. de Requejo y Villaverde.

chos públicos subjetivos directamente exigibles ante los tribunales. Pero a pesar de esta corriente doctrinal y la cauta reserva a constitucionalizar este tipo de derechos, el ordenamiento alemán sigue siendo un magnífico banco de pruebas en la materia.

Según D. Grimm,<sup>12</sup> atento a las razones históricas que explican la expansión de los derechos fundamentales, un concepto de libertad igual no puede hacerse efectivo con independencia de las condiciones reales de utilización de la libertad.

Se explica así, según Böckenförde<sup>13</sup> que la cuestión de los derechos sociales haya funcionado históricamente como una llamada de atención a la falta social de libertad de un creciente número de ciudadanos asalariados a los que faltaban los presupuestos sociales (en términos de posesiones y cultura) para su realización. De modo que si para ser libre es esencialmente necesario participar en los bienes sociales vitales, los derechos sociales aparecen como lógica consecuencia objetiva respecto a las garantías de libertad del Estado de derecho. Son también consecuencia política del principio democrático, que abierto a las demandas sociales termina por preocuparse de cuestiones relacionadas con la justicia social.

Tampoco faltan autores como Kirchof que recordando la debilidad presupuestaria del Estado de Derecho, entienden que la dimensión prestacional de los derechos fundamentales está vinculada a estructuras triangulares –e incluso multipolares– de intereses necesitados de sustento público.

Y finalmente, desde Alexy<sup>14</sup> se sabe que los derechos sociales configurados como principios son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferentes grados. Aunque a algunos les pueda parecer una postura tibia, lo cierto es que el Autor los considera como subsidiarios del mercado y como derechos mínimos, tan importantes que su otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria.

De un ambiente menos proclive que el europeo hacia los derechos sociales, sólo quisiera traer a la memoria la idea de Ackerman<sup>15</sup> de crear un poder de justicia distributiva que pueda cumplir fielmente su compromiso constitucional con la justicia social. Esta ingeniería constitucional combinada con sensibilidad cultural y realismo económico, acrecentaría mucho la legitimidad del sistema en su conjunto.

También Sunstein apoya la llamada Segunda Carta de Derechos tanto en razón al mantenimiento y fomento de la democracia, como por razones humanitarias y de justicia hacia una sociedad menos desigual y más atenta a un reparto equitativo de la riqueza.

---

12 Constitucionalismo y Derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2006, estudio preliminar de A. López Pina, trad. de Sanz Burgos y Muñoz de Baena.

13 Staat, Verfassung, Demokratie. Suhrkamp, p. 146 y ss.

14 Cfr. su libro de la nota 6 de este trabajo.

15 Cfr. La nueva división de poderes, F.C.E., México, 2007.

## 2. PROBLEMAS CONCEPTUALES

Se sabe ya que toda búsqueda de un concepto general y uniforme de los derechos sociales conduce a un anunciado fracaso. No cabe pues partir de inequívocas definiciones y menos aún de acuerdos en lo que toca a sus condiciones de justiciabilidad. El acusado nivel de heterogeneidad es patente y fruto, sin duda, de múltiples factores. Entre otros y no en último lugar, señalaría su dependencia de una cierta ideología política, más o menos subyacente, que manifiesta una determinada opción favorable a determinados valores sociales. A lo que se suma, claro está, el dato normativo del propio sistema de fuentes de reconocimiento y positivación, que se caracteriza por una implementación multinivel de los derechos sociales y, en nuestro caso, por una descentralización del proceso político de configuración.

Otras variables presentes en el ámbito de esta cuestión son, como bien apunta G. Escobar,<sup>16</sup> la consolidación de la idea de Constitución normativa (exigible judicialmente de forma directa, incluso frente al legislador), y su consideración como norma suprema con elementos de transformación, además del propio desarrollo de la misma.

### 2.1. Los derechos sociales son derechos complejos

Hay bastante acuerdo doctrinal a la hora de indicar el carácter complejo de los derechos sociales. La complejidad viene dada por contener elementos de distinta naturaleza y de diversa estructura. No todos los derechos sociales tienen un contenido prestacional. Mas bien lo que se da es una suma de situaciones jurídicas que pueden ir desde la clásica figura del derecho subjetivo hasta su consideración como principio jurídico que vincula al legislador.

Estamos pues ante un derecho con contenido regulativo denso dónde no sólo hay situaciones jurídicas subjetivas que proteger, sino también deberes de tutela, obligaciones de fomento y puede que también contenidos de procedimiento y organización.

Hay pues no sólo obligaciones de acción sino también de abstención. Y surgen unos titulares activos colocados a modo de acreedores de una relación jurídica, cuyo contenido resulta a veces difícil de determinar, y hay también unos sujetos obligados por los derechos en cuestión, a modo de deudores.

Se trata además de un tipo de derechos a la búsqueda de las normas jurídicas que se deducen de la propia exégesis de la constitución que los reconoce y también del alcance preformativo del texto de cara a la evolución del derecho positivo que anuncian.

<sup>16</sup> Las citas a G. Escobar pertenecen a sus trabajos del libro en prensa citado en la nota 10.

No se trata del primer caso que reúne junto a declaraciones de principio de extrema generalidad como puede ser la pretensión general a la prestación de un bien, disposiciones precisas susceptibles de aplicación concreta, en forma de demandas jurídicas, reclamables de forma inmediata ante los tribunales.

El propio carácter complejo de los derechos sociales pone en evidencia una concepción de lo normativo demasiado vinculada al plano forense, que puede llevar a un tipo de razonamiento circular y estéril en virtud del cual los derechos sociales no serían auténticos derechos porque no son justiciables y no serían justiciables porque no son derechos. De modo que hay que partir de una noción de normatividad constitucional con mayor grado de complejidad, que permita alcanzar la máxima eficacia constitucional a los derechos sociales.

La complejidad reside también en el campo que abarcan los mismos, cuya implementación va desde la ayuda social, acciones de fomento, y creación de servicios públicos hasta la utilización de bienes públicos.

A juicio de Laporta<sup>17</sup> se presentan como un “microcosmos”, cuyos componentes son, por así decirlo, “sub-derechos” en forma de libertades, derechos de prestación, derechos a estatus legales o derechos a bienes públicos en distintas proporciones. Se trata de los mismos derechos (civiles y políticos) que van adquiriendo perfiles y caracteres nuevos, incrementando su complejidad y apelando a técnicas normativas más diversificadas.

La complejidad desde el punto de vista formal reside también en que sus normas de reconocimiento pertenezcan a distintos ordenamientos jurídicos obligados a colaborar.

## 2.2. La dimensión objetiva de los derechos sociales

La dimensión objetiva de los derechos sociales que expresan un conjunto de valores o decisiones básicas de una sociedad, consagrado en el texto constitucional, es lo que les confiere el carácter de normas fundamentales.

Según la manualística al uso *esta vertiente objetiva* se traduce al menos en su tarea de informar el desarrollo del orden jurídico infraconstitucional y en la de erigirse como parámetro del juicio abstracto de constitucionalidad.

El aspecto más relevante de los derechos sociales es precisamente su carácter de normas o principios objetivos del ordenamiento que vinculan a todos los poderes públicos (incluido el legislador) en la producción, interpretación y aplicación del Derecho.

---

17 Cfr. Los derechos sociales y su protección jurídica: Introducción al problema. p. 300.

Las dificultades que se aprecian en esta dimensión de la cuestión son entre otras las siguientes:

- El déficit de la jurisdicción constitucional para fiscalizar las omisiones de los poderes públicos. En pocas palabras, no suele haber un tipo de sanción prevista ante la falta de desarrollo de las previsiones constitucionales.
- Con frecuencia sólo alcanza a un *contenido mínimo* el tipo de acción positiva que se pueda deducir de forma directa a partir de las normas constitucionales.
- Sin las normas legales de concreción, estos derechos no desarrollan su potencial contenido prescriptivo, ni identifican el alcance real de su protección.
- Ahora bien cumplida la reserva de regulación, cuya suficiencia normativa es siempre difícilmente fiscalizable, se pueden hacer surgir derechos subjetivos a favor de sus titulares.

La política de reconocimiento de derechos sociales se suele acompañar de una obligación de implementación de políticas públicas de concreción y realización de los derechos para el caso concreto. Acierta por ello Gavara<sup>18</sup> cuando afirma que a los derechos sociales se les debe analizar no por el rendimiento que permitan deducir a priori sino por el resultado que produce una interposición legislativa.

Es obligado pues en este terreno huir de toda tentación originalista que considere al texto constitucional como el punto cero de la historia.

La fuerza expansiva de la dimensión objetiva de los derechos sociales puede manifestarse, en nuestro caso, en la configuración de un estatus estatal unitario del ciudadano con ayuda del art. 149.1.1 de la Constitución.

Este *efecto propulsivo* de los derechos sociales se traduce en ese carácter de fuerte obligatoriedad orientada a objetivos y programas concretos. Como ha escrito Böckenförde la constitución sale al encuentro de los derechos sociales con una pretensión de vigencia normativa que también hay que conservar en la interpretación... y debe verse como fijación fundamentadora y garantista de unidad de organización, metas y límites del poder estatal de decisión y actuación, así como de la relación fundamental entre individuos, sociedad y Estado.

### 2.3. Breves cuestiones relativas a la estructura y naturaleza de los derechos sociales

En esta materia no está de sobra recordar lo que la teoría jurídica entiende por DIRECTRICES. Se trata de figuras que se limitan a ordenar a los poderes públicos que

<sup>18</sup> Cfr. La dimensión objetiva de los derechos sociales, Bosch, Barcelona, 2010, p. 75.

persigan determinados objetivos colectivos en buena medida interdependientes (pleno empleo, acceso a una vivienda digna y adecuada, estabilidad económica, limpieza del medio ambiente) sin pronunciarse acerca de los cursos de acción causalmente idóneos para conseguirlos.

De esta forma, el seguimiento de directrices exige un cierto escalonamiento entre los fines ordenados y exige así mismo juicios, en la mayoría de los casos, muy controvertidos, sobre las relaciones de medio a fin. Por eso se trata de un asunto encomendado a los órganos de representación democrática. No conviene olvidar que el control judicial no está familiarizado con la fiscalización de normas finalistas y con la interpretación de directrices políticas que están en la base de muchos de los derechos sociales.

“De ahí que esta tutela no puede sino plantearse en términos de interacción entre instituciones políticas y órganos jurisdiccionales como planteamiento más coherente con un modelo democrático, incluso confiando la tutela de modo deferente en las autoridades políticas antes que en las jurisdiccionales”.<sup>19</sup>

En las normas con que suelen positivarse los derechos sociales abundan las remisiones a valores, principios y cláusulas generales. Sin concreciones específicas o remitiéndolas al futuro minoran el estatus deóntico de este tipo de derechos, sobre todo cuando dejan en el aire los modos de su protección judicial efectiva. Además se advierte que partiendo de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, en las primeras no se la conexión habitual entre contenido y forma, propia de la figura del derecho subjetivo.

Algunos de estos derechos que en ocasiones funcionan como principios y en otras como reglas, pueden dejar de ser vistos como derechos de defensa o límite a la acción estatal, para convertirse en fines de la acción estatal a través de la garantía de participación de los ciudadanos en las diversas esferas de la vida social.

De la estructura de los derechos sociales parece difícilmente eliminable algunos presupuestos dogmáticos. Por muy poco precisa que sea la categoría de los mismos, está claro que generalmente implican algún tipo de actuación legislativa y administrativa que posibiliten el acceso y la participación en una serie de bienes vitales. Según una consolidada doctrina, sigue siendo preciso, en muchos casos, la intervención normativa que de alguna forma determine sus condiciones, dimensiones e incluso sus formas de financiación.

Este es el tipo material de norma constitucional que la doctrina alemana conoce con el nombre de tareas constitucionales. Se trata, como es sabido, de obligaciones jurídicas objetivas dirigidas a los órganos legislativos y administrativos para que adop-

---

<sup>19</sup> Cfr. F. Laporta, J. Ruiz Manero, M.A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Fundación Coloquio Jurídico, Madrid, 2009.



ten las medidas apropiadas para la realización del fin o del programa formulado en el encargo.

Además de la notable dimensión objetiva de los derechos sociales, hay en ellos un componente de derecho subjetivo, concebido como un derecho de defensa del propio titular. Sendos elementos forman parte de la pretensión normativa de los derechos sociales.

Se debe a Baldassarre<sup>20</sup> uno de los empeños más logrados en este entendimiento de la naturaleza jurídica de los derechos sociales como derechos fundamentales, es decir, como derechos basados en una constitución rígida y garantizados por la misma. Es también útil su distinción de los derechos sociales en base al criterio de la autoaplicabilidad, según el titular del derecho disponga o no del contenido del mismo. Y vale también su indicación de que un derecho constitucional se degrada en derecho legal cuando la discrecionalidad del legislador alcanza no sólo al CÓMO y al CUÁNDO, como es correcto que sea, sino también al SI y al QUE de la garantía del derecho. A su juicio, que comparto, es también precisa la distinción entre derechos sociales INCONDICIONADOS y derechos sociales CONDICIONADOS según se constituyan por la libre iniciativa de las partes o dependan de la existencia de un presupuesto de hecho.

### 2.3.1. *Los derechos sociales no son compartimentos estancos*

El esfuerzo de una determinada línea doctrinal está dirigido a demostrar que los derechos sociales no son distintos de otros derechos fundamentales. De manera que en principio no cabe trazar diferencias ni por su estructura, forma de tutela o grado de disposición legislativa.

Las ideas que nutren esta posición parten de una concepción más compleja de la propia categoría del derecho subjetivo. Este viene visto como haz de posiciones y conjunto de relaciones que engloba tanto una perspectiva más estructural, formal o conceptual como también las dimensiones sustanciales, normativas y axiológicas (M<sup>a</sup> J. Añón).<sup>21</sup> Suponen también distintos niveles de un *continuum* de obligaciones, desde las de respetar, proteger y garantizar hasta las de promover el derecho en cuestión, conforme a un esquema interpretativo ya ensayado en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Hoy ya no resulta tan sencillo sostener que los derechos sociales se han quedado en una posición marginal y subalterna respecto de los derechos fundamentales

20 Cfr. su voz *Diritti Sociali* en la enciclopedia jurídica Treccani de Roma.

21 Cfr. su trabajo *Derechos Sociales: Inconsistencias de una visión compartimentada*, en el vol. III de los Estudios en homenaje al prof. G. Peces-Barba, Madrid, p. 21 y ss. De esta misma autora puede consultarse sus *Lecciones de Derechos Sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004 y *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

de libertad. Y no lo es porque, entre otras razones, derechos como el de la educación o el derecho a la salud forman parte de las estructuras básicas que subyacen a la idea de persona. Y ésta no se compadece bien con la eventual titularidad y disfrute de bienes o valores entendidos como compartimentos estancos. De ahí que como señala algún autor, que un derecho sea considerado social o de libertad depende de su propia historia, y en mi opinión, también del propio régimen jurídico del citado derecho.

Es aquí dónde se debe hacer notar la diferencia entre sus varios componentes, sabiendo ya que el contenido complejo de cada derecho alberga una variedad de situaciones jurídicas subjetivas y de valores objetivos a ellas conectados. Se explica así que puedan verse los derechos sociales como extensiones de los propios derechos fundamentales, o desde una posición de actuación recíproca a fin de garantizar la autonomía social y política del individuo. Solo un afán clasificatorio desbocado puede encontrar contraposiciones allí dónde no las hay.

Entre nosotros, G. Escobar ha insistido en que la definición de muchos de los bienes jurídicos protegidos por los derechos sociales requiere de conceptos abiertos que remiten a un diálogo colectivo entre los sujetos que deben intervenir en el mismo.

### **2.3.2. La naturaleza tendencialmente universal de los derechos sociales**

Entre otras cosas el fenómeno actual de la emigración vale para poner a prueba la naturaleza tendencialmente universal de los derechos sociales. Y ello, porque como bien ha señalado M<sup>a</sup> José Añón, hace de ellos las prótesis básicas de los seres humanos... son la prueba de la inclusión social y proporcionan visibilidad y en parte poder, existencia y voz.<sup>22</sup>

Si como hemos dicho estamos de acuerdo en el fundamento axiológico que proporciona el valor de la dignidad humana, podrá admitirse que con ayuda de una interpretación amplia, sistemática y teleológica de los propios derechos fundamentales, pueda permitirse la extensión de bastantes de estos últimos a los extranjeros, como ha hecho en algunos casos nuestro Tribunal Constitucional.

Al señalar esta tendencia no estamos hablando necesariamente de gratuidad sino más bien de una cuestión de accesibilidad, jurídicamente protegida.

El enfoque de los derechos sociales entendidos como vinculaciones internacionales de los Estados, materialmente equivalentes a las constitucionales y dotadas de garantía que escapan a la voluntad de los propios Estados, no puede ser pasado por alto.

---

22 Cfr. el trabajo sobre la materia citado en la nota anterior.

Nos queremos referir a todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, materialmente constitucional, que refleja un interés público internacional superior al de los propios Estados. Con rigor ha escrito Tomuschat<sup>23</sup> que la inserción de todos los Estados en la comunidad internacional se ha convertido en un axioma fundamental e inmovible del orden internacional actual.

Esta comunidad establece, a modo de constitución, una serie de principios de justicia a través, entre otros medios, de las Declaraciones universales de derechos humanos, servidos por la voluntad política de conceder a las personas de otros estados y de otras culturas los mismos bienes jurídicos que cada uno se considera con derecho a exigir para sí. Debiera integrarse así el “ellos” en el “nosotros” para no caer en una alternativa que excluiría a un número insoportable de ciudadanos.

La doctrina francesa<sup>24</sup> ha venido insistiendo en que a través de la difusión que revela la permeabilidad entre los espacios jurídicos nacionales e internacionales, los razonamientos alternativos en torno a la justiciabilidad e internacionalización de los derechos sociales, se contrastan y refuerzan mutuamente.

No es un mero juego de palabras que los derechos sociales entendidos como derechos de los pobres no son necesariamente pobres derechos. El hecho de que estén insuficientemente protegidos, y en este sentido puedan ser poco efectivos, deriva de su desconocimiento y no de una pretendida particularidad intrínseca, porque la efectividad no es una condición de la existencia de la norma sino de su cumplimiento.

#### **2.4. Los derechos sociales como derechos fundamentales “in fieri”.**

La cuestión de si los derechos sociales pueden ser considerados como derechos fundamentales no es ni mucho menos una pregunta superflua. No lo es si nos atenemos a toda una vastísima doctrina que se ocupa de la misma. Menos aún si reparamos en la contundencia con que se manifiestan los autores que defienden posturas enfrentadas.

Un sector de la literatura aludida insiste en que nada hay en los derechos sociales que los diferencie de los demás derechos fundamentales en lo que atañe a su estructura y funcionamiento y, por tanto, nada hay que impida su configuración como derechos subjetivos y su consiguiente protección jurisdiccional.

Según esta opinión no hay razón técnica ni axiológica que justifique una configuración jurídico-positiva distinta para los derechos sociales respecto del tratamiento dado a los derechos fundamentales.

23 Cfr. su trabajo sobre La Comunidad Internacional en el vol. col. La constitucionalización de la Comunidad Internacional, Editores A. Peters, M.J. Aznar, I. Gutiérrez, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010.

24 Cfr. por todos, D. Roman, Les droits sociaux, entre “Injusticiabilité” et “Conditionnalité”: éléments pour una comparaison, R.I.D.C. 2-2009, p. 314.

Para compartir en todo su alcance esta opinión haría falta, a mi juicio, verificarla en un ordenamiento jurídico positivo concreto. Además habría que tener en cuenta que no todos los derechos sociales se construyen en base a la categoría del derecho subjetivo. En ésta, su conexión habitual entre contenido y forma no se da, por ejemplo, en las llamadas obligaciones de medios, distintas de las obligaciones de resultado.

En el extremo opuesto a la mencionada posición se encuentra la tesis puramente formalista o nominal según la cual serían derechos fundamentales los así calificados como tales por la propia constitución.

Otro indicador de lo que venimos llamando “fundamentalidad” de un derecho hay que situarlo en su grado de vinculación con el valor de la dignidad de la persona. Así lo hace por ejemplo la STC 236/2007, y así lo respalda positivamente el propio art. 10.1 de la constitución.

Al margen de los criterios sistemáticos que adopten los propios textos constitucionales, es claro que los derechos fundamentales son tales no por su estructura sino más bien por su función.

Para Bastida la fundamentalidad de los derechos no descansa en su ubicación formal dentro de la constitución, sino en su configuración constitucional como normas de potencial autodisposición por el titular del derecho y, a la vez, en su existencia indisponible por el legislador. Estas dos son las notas básicas que acompañan a la figura del derecho fundamental, que debieran entenderse, a mi juicio, de forma flexible, gradual y escalonada.

De nuevo salen a la luz las viejas cuestiones de nuestra jurisprudencia constitucional sobre la distinción entre el plano de la legalidad y el de la constitucionalidad. Vuelve a suscitarse el tema de la fuerza expansiva de las materias conexas a la hora de delimitar la materia reservada a una determinada fuente del derecho.

Cabe incluso preguntarse, como parece sugerir la STC 31/1994, si un derecho de rango legal puede transformarse en un derecho fundamental.

En el terreno de las hipótesis podría también cuestionarse si un derecho social no prefigurado en la constitución se fundamentaliza, como consecuencia de las leyes de desarrollo, dando lugar a derechos subjetivos autodisponibles y consolidando al mismo tiempo el núcleo mínimo o esencial del derecho en cuestión.

Se lleva ya tiempo hablando de una cierta escala de fundamentalidad en función de la mayor o menor preservación normativa, que no implica necesariamente una mayor o menor garantía jurisdiccional de los derechos. Se entiende así que haya un sector de la doctrina partidario de dar a cada derecho social un contenido constitucional concreto, para no tener que depender de cómo al final se organice su régimen jurídico.

También el Tribunal Constitucional en su STC 37/1994, entre otras, ha aludido a la necesidad de preservar el núcleo intangible que hace reconocible a los derechos sociales o a las directrices de política social, extendiendo la garantía normativa del contenido esencial.

Se trata en suma de que algunos elementos del derecho (fin perseguido por los mandatos constitucionales, regresividad sin fundamento razonable, o postura de total inacción) queden sustraídas al juego de las mayorías parlamentarias).

Sostiene Bastida que unos derechos son más fundamentales que otros. Ello se hace depender del mayor o menor grado de participación en la condición de la constitución como norma fundamental del ordenamiento y fuente directa de relaciones jurídicas.

Para los que no somos tan adictos al funcionamiento del principio de constitucionalidad como un *Deus ex machina*, los derechos sociales bien pudieran ser como un tipo de derechos fundamentales *in fieri*.

Esta situación, en mi opinión, no es congénita ni insuperable. No es tampoco el resultado de las propias técnicas de positivación. No es una mera cuestión topográfica que se ventile con un mero cambio de la *sedes materiae*.

Ni tampoco es un problema achacable a las dificultades que plantean a la hora de garantizarlos, porque se sabe que no son transpasables las cuestiones de actuación en cuestiones de naturaleza conceptual u ontológica. No hay nexo de unión entre estos dos órdenes de problemas.

Los derechos sociales son en suma derechos fundamentales que requieren de la oportuna intervención legislativa, sujeta a límites, y de una interpretación judicial que los proteja en su estatus móvil de derechos fundamentales.

También Perez-Luño<sup>25</sup> es favorable al carácter jurídico fundamental de los derechos sociales, desde un criterio material e integrador del sistema de derechos fundamentales de nuestra constitución.

Con denodado empeño Pisarello<sup>26</sup> ha escrito que “el solo reconocimiento de un derecho como fundamental comporta la atribución al mismo de un contenido mínimo, y con ello, la imposición de ciertos deberes elementales para los poderes públicos, comenzando por la prohibición de la discriminación, por el deber de no regresividad y por el correlativo deber de cumplimiento progresivo.”

<sup>25</sup> Cfr. La positividad de los Derechos Sociales: su enfoque desde la Filosofía del derecho, en la Revista Derechos y Libertades, nº 14, enero, 2006 y su trabajo más reciente sobre la materia Los derechos sociales y su significación actual, en el vol. col. Los derechos sociales como una exigencia de la justicia, Universidad de Alcalá, 2009.

<sup>26</sup> Cfr. Los derechos sociales como derechos justiciables, Bomarzo, Barcelona, 2009.

Aclara a continuación que la frontera entre lo básico y lo esencial y lo adicional o accidental será siempre móvil, histórica y abierta como no podía ser de otra forma.

Aún hoy, sin embargo, hay muchos autores que con ese respeto atávico e interiorizado por la categoría del derecho subjetivo y la plusvalía de la tutela judicial, llegan a concepciones muy estrechas y limitadas del plano de la normatividad.

## 2.5. Sobre nuevas lecturas del art. 53.3 de la constitucion

A estas alturas del desarrollo constitucional resulta ya inexcusable interpretar los derechos sociales a la luz del despliegue normativo que se ha producido, a todos los niveles, dentro del régimen jurídico de cada uno de ellos.

La desafortunada cláusula mencionada no sólo no puede ser utilizada para desentenderse de esta cuestión, sino que por el contrario, actuando a modo de condición espúrea cumplida, reenvía a toda una normativa legal y reglamentaria que compete aplicar e interpretar al juez.

No se puede sostener ya la idea de la constitución como foto fija al margen de la evolución que se ha producido en todos los órdenes y de sus múltiples aperturas a otros ordenamientos jurídicos con los que resulta obligado contar.

Entre nosotros hace ya más de diez años, García Herrera<sup>27</sup> levantó acta de los importantes cambios que se han producido en aspectos tales como la provisión de prestaciones, organización, contenidos, sujetos, naturaleza jurídica y disfrute de los derechos, mientras el texto constitucional de los derechos sociales permanecía intacto.

A su juicio cambiaba, sin embargo, el significado, fundamentación y objetivos de los mismos. La primacía de la idea de asistencia se imponía frente al imperativo constitucional de la igualdad sustancial.

La posición de L. Parejo<sup>28</sup> destaca la doble dimensión y la doble eficacia de los pronunciamientos constitucionales del capítulo III del título I de nuestra constitución. A su juicio la dimensión subjetiva consiste en la directa determinación constitucional de una situación jurídica individualizada (con el carácter de derecho), pero incompleta en la medida que no fija contenido preciso alguno, para lo que requieren de los llamados derechos de configuración legal. La dimensión objetiva se traduce en su capacidad informadora y en su actuación como elemento principal del ordenamiento. En su opi-

---

<sup>27</sup> Cfr. además de su libro con G. Maestro, *Marginación, Estado social y Prestaciones autonómicas*, Cedecs, Barcelona, 1999, el trabajo *Veinticinco años de Derechos Sociales en la experiencia constitucional española*, UNED RDP, núms. 58-59 (2003-2004), p. 279 y ss.

<sup>28</sup> Cfr. los trabajos de este autor citados en la nota 5.

nión la doble eficacia se refleja de un lado en la propia norma fundamental, y de otro en la eficacia vinculada y en parte demorada hasta el desarrollo constitucional.

También G. Escobar viene intentando una lectura alternativa a la comúnmente predominante del art. 53.3 de la constitución. Para él la expresión de “acuerdo con” puede no equivaler a “mediante previas” sino a “sin contradecir”. Invoca además el principio de la fuerza normativa de la constitución frente al principio de corrección funcional. Señala como en la rotulación del capítulo IV del título I se habla de garantías lo que le predispondría a favor de los derechos, no en su contra. Para terminar menciona la limitación del principio de competencia presupuestaria del legislador o que se trata de derechos moralmente tan importantes que no se pueden dejar en manos de la mayoría parlamentaria.

Entre las aportaciones más recientes destacaría la mantenida con empeño por PISARELLO por extender la fundamentalidad a los derechos sociales. Recuerda que estos últimos pueden operar como principios o mandatos encargados de regir las políticas públicas y esta dimensión no resulta incompatible con el reconocimiento de alguna o algunas dimensiones subjetivas exigibles ante los Tribunales.

Y sugestivas son también sus consideraciones sobre el eventual contenido esencial o mínimo de los derechos sociales, así como sobre su grado o nivel de vinculación legislativa.

### 3. GARANTÍAS

El panorama de las garantías que se ofrecen a los derechos sociales es tan rico y heterogéneo, que ya no basta con las clasificaciones al uso para dar cuenta del mismo. Hay garantías de todo tipo desde las normativas hasta las jurisdiccionales, y desde las de ámbito local hasta las del propiamente internacional. Todo ello sin contar con las de tipo político y económico que ponen a prueba la dimensión global de la cuestión. Si vale el símil, el intérprete podría optar por cualquiera de ellas, de igual modo que el usuario toma uno de los servidores en la técnica de la cloud computing o informática en la nube.

#### 3.1. Sobre la tutela internacional y europea de los derechos sociales

En el ámbito del denominado Derecho Internacional de los derechos humanos se puede afirmar que la adopción del Protocolo facultativo del Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales (PIDDEESSyCC) supone una equiparación del régimen de protección y control supranacional de estos derechos con respecto al resto de los tratados de alcance universal (Quel Lopez).

Se reconstruye por tanto la naturaleza de los citados derechos allí dónde la conservadora actitud de los Estados devaluó su eficacia. A juicio de los internacionalistas

se trata de un texto de mínimos, con un procedimiento de enmienda previsto para permitir una progresiva modulación del Protocolo aprobado.

También es de destacar la incorporación de una cláusula de flexibilidad que subordina estos derechos a su realización progresiva con el máximo de recursos disponibles. Se parte también del respeto al margen de discreción inherente en los procesos de aplicación nacional de los derechos. Se posibilita hacer recomendaciones precisas que puedan reorientar las políticas nacionales y se abren cauces de comunicación directa ante el Comité de los DDEESSyCC a particulares lesionados de forma individual o colectiva de cara a denunciar, en un proceso contradictorio, violaciones graves del Pacto que pueden dar lugar a medidas de ejecución.

Se valora positivamente el enfoque tripartito de las obligaciones (respetar, proteger y cumplir, y promover) aceptado por el propio Comité en sus interpretaciones del PIDDEESSyCC, que pueden operar, a juicio de algunos, como auténtica jurisprudencia para la interpretación del derecho por parte de los Estados.

Si al amparo del art. 10.2 de la constitución la jurisprudencia constitucional ha sido muy receptiva del trabajo de otros Tribunales en materia de derechos fundamentales, cabría preguntarse por qué no habría de serlo en el caso del PIDDEESSyCC o de la Carta social europea.

Situados ya en el ámbito europeo no parece que exista incompatibilidad alguna entre el proceso de integración y la necesaria protección de determinados derechos sociales. En nuestra cultura los ordenamientos jurídicos manifiestan una profunda vocación social y el modelo económico ha sido delineado en común concertación con esta exigencia.

Por concretar en un solo punto la notable obra del Tribunal de Luxemburgo diré que en ocasiones ha tendido a generalizar el régimen jurídico del acceso a algunos derechos sociales como el de asistencia médica. Puede imponer cargas más importantes que las impuestas por los propios derechos nacionales, con vistas a satisfacer los principios de libre prestación de servicios y libre circulación de pacientes. Poniéndose de acuerdo en la extensión de algunos derechos sociales y en la naturaleza de sus garantías podría incluso pensarse en la construcción de una especie de ciudadanía social europea, cada vez más alejada respecto de las originarias libertades comunitarias. En la doctrina española se ha insistido en la eficacia de las directivas comunitarias como mecanismo de factibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales (Jimenez Quesada<sup>29</sup>).

Todo lo cual no nos permite olvidar la óptica funcionalista de la Unión Europea de cara a la realización del propio ordenamiento comunitario, a saber, el desarrollo económico y la competitividad del mercado.

---

<sup>29</sup> Cfr. La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas, en Estudios de Economía Aplicada, vol. 27-3, 2009, p. 743 y ss.



En este orden de cosas, de la jurisprudencia del TEDDHH destacaría su apuesta por una positivación precisa de los derechos sociales que recalque su carácter fundamental, es decir, vinculado a la dignidad humana y en la medida de lo posible su formulación como derecho subjetivo.

El Tribunal es consciente de que sus sentencias carecen de eficacia horizontal. Y también lo es de que frente a los Estados generan obligaciones de medios pero no de resultados, no pudiendo fijar con facilidad estándares mínimos de cumplimiento. Pero esto ni significa negar el carácter expansivo de su jurisprudencia, muy proclive a tener en cuenta la dimensión social de los derechos civiles y políticos consagrados en el Convenio de Roma. Incluso cabría pensar que por conexión con algunos de sus preceptos se tutela como resultado el derecho al trabajo o a la seguridad social y en otro orden de cosas los derechos de propiedad, a la vida privada y familiar, a la educación, a la no discriminación o la protección del medio ambiente de gran importancia para la tutela del interés general.

Queda fuera del ámbito de esta Ponencia el análisis de las garantías que pudieran provenir de la Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores de 1989 o de la misma Carta europea de derechos fundamentales del 2000, hoy incorporada al Tratado de Lisboa.

### **3.2. Sobre la garantía jurisdiccional y su desbordamiento**

Tanto la jurisdicción constitucional como la ordinaria no han dejado de producir avances en la determinación del contenido de los derechos sociales, en la estipulación de conductas que su satisfacción exige y también en la identificación de los sujetos obligados.

Todas estas son cuestiones, como bien dice Pisarello, que no quedan fuera del alcance de lo que un órgano jurisdiccional puede llegar a hacer. En el proceso dirigido a la tutela de estos derechos caben mejoras en los distintos órdenes jurisdiccionales que van desde aspectos relativos a plazos, ejecución de sentencias o medidas cautelares, hasta la dimensión colectiva en materia de legitimación.

También hay que considerar el principio procesal de igualdad de armas en los procesos frente a poderes públicos, los problemas de coste y agilidad en un tipo de recurso judicial sencillo y finalmente una correcta regulación protectora del derecho fundamental de acceso a la justicia.

Es capital para la efectividad de estos derechos contar con un instrumento adecuado de control judicial. No hay que olvidar que junto al elemento que constituye la intervención promotora del legislador, el control judicial termina por cerrar el binomio sobre el que se asientan los derechos sociales.

Sin embargo la configuración de este segundo elemento tal como se presenta hoy, ha sufrido un cierto desbordamiento. Las exigencias de la complejidad han desbordado las pretensiones del formalismo jurídico. Se da incluso un cambio terminológico: los derechos no se aplican sino que se implementan. Y parecen requerirse nuevas formas de acción política y de control jurídico.

A G. Escobar no se le ocultan las dificultades de proteger adecuadamente los derechos sociales de prestación, a través de la lógica tradicional de la justicia revisora y liberal. A los Tribunales no llegan los problemas importantes y cuando llegan la jurisdicción evita guiar su razonamiento desde una perspectiva de derechos fundamentales.

Pero al menos queda una amplia jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones y por efecto reflejo una configuración bastante exigente del contenido de los distintos derechos sociales a cargo de los correspondientes poderes públicos y en ocasiones de los privados.

Abramovich y Courtis<sup>30</sup> llevan tiempo insistiendo en la inadecuación de los instrumentos procesales heredados de la tradición individualista y patrimonialista. No se han detenido a denunciar carencias manifiestas sino que también han hecho nuevas propuestas: la acción de amparo individual y colectiva, los recientes desarrollo de las medidas cautelares, las posibilidades de las acciones de inconstitucionalidad, los avances de la acción declarativa de certeza, las “class actions”, los mandados de seguridad e injunción brasileños y la legitimación activa del Defensor del Pueblo o el Ministerio Público para representar intereses colectivos, entre otras.

Es una obviedad, sin duda, afirmar que la óptica constitucional no agota el espacio de los derechos sociales.

Por eso se apela también a las instituciones administrativas como lugar propio de encuentro. En este sentido podría ser un remedio recurrir al procedimiento administrativo, previamente judicializado, en la medida de lo posible.

Roto el monopolio de la vinculación de estos derechos con los poderes públicos, cabe también considerar la encomienda a personas u organizaciones privadas como colaboradores de la ejecución administrativa. Dentro de un posible elenco de soluciones, se podría articular una legítima opción organizativa.

Las nociones de eficacia reflexiva, dirección indirecta, instrumentos cooperativos, neocorporativismo, delegación, subsidiariedad y principio de responsabilidad, están en ese universo propio del Estado social administrativo, rico en soluciones institucionales diversas.

---

30 Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002, prólogo de L.Ferrajoli.

### 3.3. Últimas precisiones

A mi juicio, dando por sentado la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles y políticos respecto a los derechos sociales, sin olvidar su posible relación dialéctica, debiera irse a la búsqueda de un estatus constitucional unitario que incluya también la siempre difícil cuestión de las garantías.

Acaso el garantismo jurisdiccional, como bien dice Pisarello, exija una cierta dosis de activismo, pero sin olvidar la obligada deferencia para con el legislador razonable. Se ha insistido con alguna frecuencia que uno es el plano del reconocimiento de los derechos y otro el de sus garantías pero en ambos planos debe contarse con el suficiente anclaje jurídico-positivo.

De otro modo, puede terminarse confundiendo titularidad de derechos, normas de garantía y políticas públicas. La identificación del tipo de fuente del que surge la norma de reconocimiento del derecho social en cuestión, ayudaría a no perderse en una especie de limbo jurídico de difícil manejo. Tampoco estaría de más tener un mínimo sosiego normativo a la hora de establecer concretas determinaciones constitucionales. Porque como bien enseñaron Bobbio y después Gomes Canotilho<sup>31</sup> una cosa es reconocer derechos y otra muy distinta acompañarles de un conjunto de imposiciones de políticas públicas relativas a los mismos. En este sentido resulta necesario asegurar la externalización de las acciones constitucionales tendentes a garantizar el cumplimiento de la propia constitución.

Para terminar quisiera dejar constancia de que haciendo balance de todo lo anterior basta decir que el balance es positivo a la hora de conocer las condiciones de justiciabilidad de los derechos sociales, unos derechos que comienzan a salir de esa segunda zona dónde se les tenía encasillados.

Del problema material que subyace a los mismos sólo me queda despedirme con dos citas separadas entre sí por más de 700 años. Las dos vienen a cuento en un estudio sobre el estado de necesidad.<sup>32</sup> La primera es de un teólogo y canonista Hugogrocio de Pisa que dice así: *Iure naturali omnia sunt communia*: según el derecho natural todos los bienes son comunes... en tiempo de necesidad deben ser distribuidos a los indigentes. La segunda es de un jesuita francés del siglo pasado: en nuestros días solo hay en realidad un problema, el de las relaciones entre lo superfluo de unos y el hambre de otros.

Recibido: 24 de febrero de 2011  
Aceptado: 25 de febrero de 2011

<sup>31</sup> Cfr. su trabajo en el n° 43 de la REDC, n° 43, 1995.

<sup>32</sup> Cfr. Philippe-Jean Hesse, *Un droit fondamental vieux de 3000 ans: L'état de nécessité. Droits fondamentaux*, n° 2, 2002, p.143.

