

## RECIENTES ANOTACIONES CONCEPTUALES SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES

JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO\*

### Resumen:

El presente artículo, explica algunos presupuestos históricos y conceptuales sobre los derechos sociales, detalla algunos problemas y soluciones; además de describir ciertos resultados consolidados acerca de los mismos.

**Palabras clave:** Derechos sociales - Derechos Fundamentales.

### Abstract:

The present article, explains some conceptual and historical aspects or definitions on the Societal Rights, it details some problems and solutions; also describes certain results consolidated about such.

**Key words:** Societal Rights - Fundamental Right.

### Sumario:

1. Algunos presupuestos históricos y conceptuales. 2. Breve examen de los principios rectores de la política social y económica. 3. La Perspectiva europea de los derechos sociales. 4. Conclusión.

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca – España.

## INTRODUCCIÓN

El texto que he preparado para esta ocasión pretende seguir dando vueltas a la idea de ciudadanía social, que desde los pioneros trabajos de *Marshall* no me ha dejado nunca indiferente. A fin de cuentas siempre han sido los juristas quienes terminan por definir los criterios que se establecen para acceder a tan codiciada posición.

Permítanme que al comenzar a redactar estas líneas, haga patente mi deuda con una serie de autores en cuyas obras he intentado aprender sobre tan atractiva cuestión. No puedo citar más que a un pequeño grupo de ellos, pero sirvan como ejemplo los nombres de Hernán Heller, Vezio Crisafulli, Konrad Hesse, Antonio Baldassarre, Manuel García Pelayo, Albert Hirschman o Gómez Canotilho , entre otros muchos.

Sin duda les resultarán familiares porque me consta que sus trabajos circulan desde hace tiempo por los caminos, no siempre fáciles, de nuestra común cultura jurídica.

A modo de sumario del presente trabajo , cabe decir que se comienza explicitando algunos presupuestos históricos y conceptuales sobre tan amplia materia, a continuación se enuncian varios problemas y soluciones, fruto de la reciente experiencia española sobre los principios rectores de la política económica y social (artículos 39º a 52º de la constitución española vigente), para seguir con un apunte sobre la nueva arquitectura europea de los derechos sociales, y finalmente se describen los resultados más consolidados a los que ha llegado una cierta teoría y práctica constitucional, sobre los llamados derechos sociales<sup>1</sup>.

### 1. ALGUNOS PRESUPUESTOS HISTÓRICOS Y CONCEPTUALES

No estoy seguro de que vivamos en una época necesitada de inteligencia política, pero pudiera parecerlo. Sobre todo si se tiene la sospecha de que el arte de la mentira política sigue practicándose de forma impúdica, sistemática y constante.

A comienzos del siglo XVIII ya se podía leer en un ensayo sobre este refinado arte, la propuesta de publicar un calendario de mentiras válido para todo el año, que rubricase las mentiras propias de cada estación e incluso de cada mes.

Hoy, en el foro de la opinión pública se puede comprobar con relativa facilidad y sobre todo con inusitada rapidez, las fatales consecuencias que produce la disociación entre el pensamiento político y la realidad práctica.

Y traigo a colación ahora este elemental recordatorio , porque ya desde Vitoria y Bartolomé de las Casas se apeló claramente al rechazo de la discriminación y de la exclusión en nombre de la totalidad de la especie humana. Y porque ya desde la Escuela de Salamanca se enseñó que es de derecho de gentes que el que ha nacido en una ciudad se llame y sea ciudadano.

Pero el tiempo no pasa en balde y hoy hablar de ciudadanía y de derechos , exige referirse a una nueva y muy distinta realidad de poder.

El ya centenario Francisco Ayala la describe magistralmente: “El desmantelamiento del Estado prosigue con furia implacable e irresponsable alegría, despojando al ya medio desguazado armatoste de sus elementales recursos de poder.

Y todo ello, cuando todavía no se ha conseguido diseñar e implantar una estructura sociopolítica nueva, con las idóneas instituciones de alcance mundial requeridas por el desarrollo tecnológico.

Entretanto, crece por todas las partes el desorden y las gentes de buena voluntad, desmoralizadas, sobreviven en la desazón y el desconcierto, mientras campan por sus respetos los indeseables de diversas layas, entregados con entera impunidad a toda clase de tropelías”<sup>2</sup> .

Como es bien sabido, hoy los gobiernos y parlamentos pierden cuotas de poder a favor de los mercados y las agencias de escala global. Se deteriora la idea de lo que debe ser el servicio público y la responsabilidad social . Es llamativa la concentración masiva y la gestión privada de la oferta del servicio universal de acceso a las telecomunicaciones. El vacío que va dejando el Estado lo llenan con desigual fortuna las multinacionales, y el radio de acción de estas estructuras resulta cada vez más asimétrico respecto del ámbito de las instituciones políticas.

Pero esta nueva estructura de poder no elimina las razones que fundamentan, en mi opinión, la necesidad de una *Tutela pública de algunos bienes jurídicos*, al abrigo de las exigencias del mercado. Y por eso la idea de ciudadanía, bien

entendida, exige definir normativamente el contenido de algunos principios constitucionales, derechos fundamentales y libertades públicas al margen de cual sea el concreto régimen jurídico que proporcione consistencia al citado estatus y del tipo de sujeto que venga obligado a satisfacerlo.

Numerosos juristas han escrito páginas brillantes *Desenmascarando el principio de autogobierno de la economía*. Acaso nadie con más autoridad que *Kelsen* cuando recordaba que si la democracia es el fundamento de toda la vida comunitaria, no hay relaciones sociales que puedan ser determinadas a priori en sus contenidos. Con la afirmación del principio democrático, el orden del mercado pierde todo carisma de objetividad y se establecen las bases para un distinto fundamento del orden económico<sup>3</sup>.

También el mercado como institución de integración social debe estar sujeto a reglas verificadas a través del procedimiento democrático. No es una cuestión de más o menos Estado sino la comprobación empírica de que un mercado sin controles puede degenerar irremediabilmente en un emporio de mafiosos.

Así las cosas, no parece que se pueda estar impasible frente al vínculo del omnipotente cálculo económico que viene penetrando en ámbitos reservados y protegidos hasta ahora por el derecho privado y la ética. Algún sector de la doctrina se pregunta qué sentido tiene la transferencia a la sede política de instrumentos procedentes de la esfera económica, con el afán de modelar la política con la lógica de la acción empresarial.

Las leyes económicas no son como las de la física, aunque a veces lo parezcan. La racionalidad económica encuentra un marco de limitaciones en el respeto a los principios, valores y derechos constitucionalmente establecidos. De un modo u otro, de forma expresa o tácita toda constitución remite a una lógica de los valores, y por tanto se invocan criterios no contrarios a pautas de conducta razonable, que tratan de proteger la libertad individual, o un derecho a la vida socialmente segura y en otros muchos casos, los imperativos de la justicia social. Sin estos condicionamientos se dañaría el postulado de la confianza jurídica y disminuiría la fiabilidad del ordenamiento jurídico. De modo que no puede menos de invocarse la *responsabilidad pública por el ejercicio del poder político*, como principio general del constitucionalismo contemporáneo, al que no puede resultar ajeno todo tipo de normas que aseguran *la finalidad del bienestar individual y colectivo*.

En otro orden de cosas, debe recordarse que numerosos filósofos del Derecho y constitucionalistas participan de la concepción evolutiva de los derechos fundamentales y libertades públicas<sup>4</sup>.

Con todo, lo más llamativo en el momento actual, es que la ciudadanía se fragmenta en una multiplicidad de “status” y a la vez se abre a distintas situaciones jurídicas subjetivas, que se yuxtaponen a la ciudadanía de origen. Este es el esquema con el que se ha construido el supuesto de la llamada ciudadanía europea, que respeta los derechos garantizados por la Convención Europea, así como los que resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

Pero en este campo el fenómeno más notable ha resultado ser la *extroversión y la apertura de las constituciones nacionales al derecho internacional de los derechos humanos*.

No resultaba muy coherente seguir sosteniendo que los esquemas del constitucionalismo, tan benéficos en el orden interno, eran inaplicables justamente allí donde empieza el mundo del Derecho Internacional, o que no eran extensibles al ámbito de las organizaciones supranacionales.

Se trataba pues, de ir corrigiendo los excesos a los que puede conducir todo tipo de autismo nacionalista y patriótico. En este sentido comienza a hablarse en serio de un derecho común de los derechos fundamentales y libertades públicas. Y la propia jurisprudencia del Tribunal europeo de Estrasburgo da buena prueba de ello<sup>5</sup>.

Desde luego no deja de ser aún relevante, la experiencia que protagonizaron, en este campo, el excepcional grupo de juristas republicanos que salieron a escena, en tan singular y desafortunado momento histórico.

En mala hora se abrió la constitución republicana del 31 a las nuevas realidades socio-económicas. Sin embargo resulta evocador recordar aquí y ahora el formidable texto de su artículo 48º al establecer que el servicio de la cultura es atributo esencial del Estado. Precisamente en la inauguración del curso académico 1931-1932, el Rector Unamuno recordaba que la cultura está por encima y por debajo de las formas de gobierno, es como el aire y el subsuelo a la vez de cualquier régimen político.

Mucho tiempo ha transcurrido desde que el texto republicano rubricase el capítulo II de su título III con la tríada “Familia, Economía y Cultura”. Pero su temprana atención a los derechos sociales, económicos y culturales no puede pasar desapercibida. Uno de sus primeros y más autorizados comentaristas era ya consciente de que este tipo de derechos se referían a cuestiones nuevas, no tratadas en las clásicas Declaraciones de derechos, afrontaban problemas de contenido y de ordenación supraindividual y tenían de común la propensión a afirmaciones trascendentales, pero nada normativas<sup>6</sup>.

Hoy, es notorio que el modelo norteamericano no es muy proclive a la cultura jurídica de los derechos sociales, porque le resulta comprometida, y poco sobria, además de conflictiva con la libertad de contratación y empresa.

Tampoco algunos positivistas neoliberales son partidarios de este tipo de figuras normativas, algunas de las cuales adolecen de un contenido jurídico indeterminado.

Pero en mi opinión, sigue siendo fundamental *configurar a la persona como titular acreedor de una serie de derechos sociales, económicos y culturales, entendidos como exponentes inseparables de su propia dignidad*<sup>7</sup>.

En este sentido resulta oportuno recordar lo que se ha avanzado en la tutela de la dignidad humana “concreta” como objetivo del Estado y como parámetro constitucional (E. Denninger)<sup>8</sup>.

En este esfuerzo por concretizar el significado de la dignidad, aparece de forma irrenunciable su vinculación con el valor de la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y con el principio de la delimitación y graduación de la aplicación del poder estatal, según los esquemas del estado de derecho.

Parece fuera de duda la vinculación de los derechos sociales con la idea de persona humana, entendida como sujeto de libertades positivas, que tiende a su autorrealización, dentro del mayor respeto posible al principio de igualdad de oportunidades. Porque, como se ha escrito ya, en el universo dominado por el principio democrático la oposición frontal entre libertad e igualdad no tiene sentido, en la medida que la libertad no es tal, si no es *Libertad igual*, y si no es imputable a la persona social, más que al individuo. Los dos principios no manifiestan ningún antagonismo lógico.

Los valores de la individualidad pueden ser una especie de traba cuando se necesita insistir en un “ethos” comunitario y solidario (A. O. Hirschman). Pero hoy ya se sabe que la libertad debe posibilitarse y asegurarse realmente mediante prestaciones sociales y garantías estatales.

No se trata de un axioma matemático, pero viene fundamentado por la mejor filosofía jurídica, política y moral de nuestro tiempo, desde Rawls a Dworkin, o desde Alexy hasta Ferrajoli.

A estas alturas no puede dejar de considerarse el contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales. Como ha escrito D. Grimm “si los derechos fundamentales se toman en serio como normas materiales jerárquicamente supremas del ordenamiento, una vez aparecida la cuestión social no pueden ya agotarse en mantener a distancia al Estado sino que han de extender su protección a los presupuestos materiales del ejercicio de la libertad y los peligros que amenazan a ésta desde la sociedad misma”. Este elemento dinámico del orden jurídico que unas veces se materializa en derechos prestacionales y otras en derechos organizativos o procesales, “mantiene abierto el derecho a los cambios sociales e impulsa una optimización de la libertad en función de las situaciones cambiantes”<sup>9</sup>.

Otra cuestión bien distinta es el problema de los medios técnicos que requiere la protección y cumplimiento de los denominados derechos sociales. Para algunos autores se trata de algo irresoluble, como la cuadratura del círculo. Para otros la fragmentación del proceso productivo y el diseño de las instituciones potencia el actual estado de cosas, no aprovechándose correctamente el potencial humano de generación de riqueza. En todo caso, creo que no podemos ser complacientes con un eventual contexto donde sólo pueda reinar la ley del más fuerte y la del mero beneficio económico.

El Derecho no puede perder su capacidad para estabilizar la vinculación social entre los individuos, ni servir sólo de instrumento de políticas públicas foráneas. Como dijera con humor un ilustre civilista, los juristas no estamos delante de este mundo sino dentro y no podemos manipularlo con categorías de ayer. Por el contrario, parece que estamos obligados a dar forma a lo que no tiene forma e intentar restituir una cierta unidad allí donde sólo hay complejidad y caos. Como denunciaba Italo Calvino en sus seis propuestas para el próximo milenio, la inconsistencia no está solamente en las imágenes o en el lenguaje, sino que está también en el mundo. La peste ataca también la vida de las personas y la

historia de las naciones vuelve informes, casuales, confusas, sin principio ni fin, todas las historias. Mi malestar, decía, se debe a la pérdida de forma que compruebo en la vida.

De todas formas, no veo razón alguna para desentenderse de la tutela positiva de bienes jurídicos tan importantes como la salud, el trabajo, la educación o el medio ambiente. Más bien existe un cúmulo de motivos para la actitud contraria. Lo que no significa dar por sentado que la gestión estatal sea la única o la mejor manera, a través del gasto público, de hacer efectivos los citados derechos sociales, económicos y culturales.

Se ha dicho que la “movilidad mundial del capital, los cambios demográficos que afectan a los sistemas de seguridad social y la emigración, todos ellos combinados, han dejado a los partidos socialistas europeos en una actitud reactiva, cuando no pasiva y sin habla”. Pero ello no exime sino más bien obliga a buscar nuevos sistemas de intervención pública, privada, social o mixta, sobre tan delicadas materias.

## **2. BREVE EXAMEN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA**

La nota más característica de los derechos fundamentales, en algunos ordenamientos jurídicos actuales, es precisamente la que los define como derechos garantizados judicialmente frente al legislador. Y sabido es que muchos de los derechos sociales no se acomodan a una estructura tal que el juez pueda garantizar eficazmente su vigencia, precisamente cuando la obligación impuesta al legislador consista sólo en la meramente negativa de respetarlos.

De modo que la tutela judicial de los mismos se pone a dura prueba, cuando se trata de fiscalizar la obligación de “crear estructuras y apropiarse fondos para la prestación de bienes y/o servicios, cuyo contenido concreto también ha de determinar”<sup>10</sup>.

Pero que no posean el carácter de fundamentales, conforme al criterio definitorio antes expuesto, es decir, la posibilidad de garantizarlos con una tutela judicial como la de los derechos clásicos de libertad y defensa, no quiere decir que adolezcan de la condición de auténticos Derechos Humanos, en cuanto que siguen siendo expresión inmediata de las exigencias que derivan

de la dignidad humana, que no requieren sólo de una prestación normativa, sino también fáctica.

El marco normativo que suministran tanto el artículo 27º como los comprendidos desde el 39º al 52º de la constitución española vigente, ha dado lugar a uno de los capítulos más complejos de nuestra reciente historia legislativa, jurisprudencial y doctrinal.

Para confirmar la consistencia de esta opinión baste con enunciar el elenco de las materias afectadas : educación, familia, redistribución de la renta y pleno empleo, política y condiciones laborales, seguridad social pública, emigración, salud, deporte y ocio, cultura, ciencia e investigación, medio ambiente, patrimonio histórico, cultural y artístico, vivienda, juventud, discapacitados, tercera edad, consumidores y usuarios y organizaciones profesionales.

Esta positivación constitucional que puede parecer inicialmente un heterogéneo catálogo de tareas y fines del Estado, o más concretamente de los poderes públicos, ha exigido un notable esfuerzo de desarrollo constitucional a lo largo de las sucesivas legislaturas que, en términos generales, es valorado positivamente.

Ha permitido la consolidación de expectativas jurídicas y simples intereses de hecho en auténticos derechos subjetivos o al menos en intereses legítimos, constitucionalmente protegidos. Se han hecho sentir cambios y transformaciones en muchos sectores del ordenamiento jurídico y, en último término, contiene todavía un considerable potencial normativo, para su desarrollo y actualización, todo ello -claro está- en coordinación con el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de las Comunidades Autónomas.

La doctrina más sensible a este género de preocupaciones, ha vinculado correctamente el principio de la dignidad de la persona libre e igual en la sociedad, con la protección de una serie de bienes jurídicos de marcado carácter social y colectivo, sin los cuales la condición de ciudadano se vacía de contenido y la expresión de “vida digna” no pasa de ser un cruel sarcasmo.

Se hace preciso entonces, un compromiso por parte del Estado y de las distintas Administraciones Públicas en la corrección de las disfunciones que produce el libre juego de los actores económicos.

Al intérprete le ha correspondido graduar la textura jurídica de estas decisiones constitucionales en función de las características de su concreto objeto. Pero visto desde los esquemas del constitucionalismo social comparado, la experiencia española en curso debe ser tenida en cuenta.

En nuestro ordenamiento vigente hay contenido normativo suficiente para entender que la familia debe ser considerada como un pilar social del Estado del Bienestar.

Se han asumido los estándares internacionales de protección a la infancia.

La fórmula del artículo 47º mediante la que se reconoce el derecho a la vivienda y la regulación del suelo es, en mi opinión, un compromiso normativo que necesita aún de un largo recorrido.

Existe cobertura constitucional para poder hacer frente a los riesgos más relevantes en la vida de los ciudadanos: desempleo, disminución física, tercera edad, etc. Y no faltan tampoco mandatos al legislador para que materialice políticas públicas de fomento y tutela a colectivos diferenciados.

También se reconoce el papel de los poderes públicos en la preservación y mejora de los bienes públicos esenciales para asegurar a todos como propone el Preámbulo una digna calidad de vida: recursos naturales, patrimonio y medio ambiente.

Los problemas constitucionales más habituales que suscitan estas materias del ordenamiento jurídico, aparecen con frecuencia en las páginas de jurisprudencia de los Altos Tribunales y son también objeto de atención por parte del legislador, que contribuye a desarrollar activamente los elementos contenidos en el principio del Estado Social.

Otra cuestión que suele ser de la competencia exclusiva de los Tribunales Constitucionales es, precisamente, la tarea de fijar el contenido mínimo, constitucionalmente declarado, de la suma de intereses y facultades que son inseparables del “status” propio de ciudadano. Hay sentencias que han trazado el surco en tan delicado campo, haciendo decir a un texto lo que aparentemente el texto no decía, y roturando por conexión todo el nuevo terreno de los llamados derechos implícitos.

La experiencia que ha supuesto el Derecho Constitucional de origen jurisprudencial en esta materia, tanto por parte del Tribunal Constitucional como también de la propias Salas Tercera y Cuarta del Tribunal Supremo, debe ser ampliamente valorada y reconocida.

Un tópico aceptablemente resuelto, en nuestro caso, es el de la irreversibilidad de algunos derechos sociales de marcado contenido económico, que pueden verse afectados por variables exógenas a la propia norma. Lo que dicho en pocas palabras alude a la dificultad de reformar a la baja, conquistas sociales obtenidas dentro del desarrollo constitucional.

En este punto pienso que una ley puede ser sospechosa de inconstitucionalidad por su favorable tratamiento discriminatorio en relación a un cierto grupo. Pero también cabe pensar en un supuesto de inconstitucionalidad por omisión injustificada de la potestad normativa, que debiendo dar cobertura legal a la prestación de un derecho, no establece la correspondiente innovación legislativa.

De todas formas es preciso ser extremadamente prudente en el manejo de este tipo de supuestos, si se quiere respetar el libre y discrecional ejercicio de la potestad legislativa, y en consecuencia el complejo principio de la separación de poderes.

Un problema de especial importancia en el caso español es la distribución de competencias entre los distintos entes territoriales y la consecuente diversificación de políticas públicas. No se puede ignorar, en este sentido, las tensiones que se originan cuando existe una pluralidad de gobiernos actuando sobre un mismo territorio, y cómo los principios de autonomía e igualdad, pueden verse envueltos en serios compromisos.

Quienes han estudiado a fondo la relación entre el principio del Estado Social y el de la descentralización política, han advertido que “la solución subnacional de los problemas sociales, si bien puede conllevar indudables ventajas como la de alcanzar mayores cuotas de eficiencia y una mejor adecuación a las necesidades del propio tejido social, también puede conllevar, dada la falta de homogeneidad económica entre las Comunidades Autónomas, un federalismo asimétrico de dos velocidades que provoque desventajas concurrenciales para las empresas y movimientos migratorios”<sup>11</sup>.

Los recientes procesos de reformas estatutarias con la inclusión de numerosas cláusulas sobre estas materias, van a exigir nueva atención sobre el régimen

jurídico de los derechos sociales, que demandan una nueva visión de las relaciones interordinamentales, al configurar espacios jurídicos horizontales organizados de forma reticular, con un alto grado de potencial litigiosidad<sup>12</sup>.

### **3. LA PERSPECTIVA EUROPEA DE LOS DERECHOS SOCIALES**

Es difícil no quedarse impresionado si uno lee la articulación normativa del principio de solidaridad, contenido en la Carta de Niza del año 2000. Y todavía más asombrado, si cabe, con el texto que dice así:

“Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales”.

El proceso de elaboración y la depurada técnica legislativa que se ha utilizado en Europa para positivizar una Carta de los derechos fundamentales de la Unión, han sido realmente notables. El capital de experiencias acumulado desde la vigencia del Convenio del 50, junto a una muy elaborada doctrina, han servido para llegar hasta la citada Carta de Niza.

Este documento parte de la razonable idea de que por un lado existen derechos y por otro, objetivos económicos y sociales. Se equiparan además los derechos sociales a los demás derechos fundamentales, situando a todos los derechos en el mismo nivel, sin posible distinción ontológica alguna. En general esta indivisibilidad de los derechos, agrupados en torno a seis valores fundamentales, ha sido bien valorada por los comentaristas de la Carta<sup>13</sup>.

La carta de Niza asume también la idea de que en esta materia no basta con positivizar los derechos, sino que sobre todo lo importante es garantizarlos y protegerlos. Por esta razón incorpora las llamadas cuestiones horizontales que se ocupan de su ámbito de aplicación, alcance de los derechos garantizados, nivel de protección y prohibición del abuso del derecho.

Existe ciertamente un fundado temor, que no sólo es achacable a los británicos, respecto de las obligaciones financieras que comportan los derechos sociales. Y también se teme que puedan imponer rigidez a las políticas de flexibilización de las economías europeas. Pero también debe hacerse notar positivamente,

que están concebidos de forma inseparable respecto de las propias políticas de la Unión.

En cuanto a la garantía de estos derechos sociales, se reenvía a su conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, lo que no ha dejado de suscitar críticas.

Con el citado reenvío se rebaja el nivel de protección a lo que disponga su configuración legal. Y en esta medida se pasa por alto que “la existencia de derechos sociales fundamentales significa que el legislador no es libre de decidir si mantiene o no las promesas hechas en los derechos. Debe hacer algo, y debe tratarse de algo adecuado y suficiente”<sup>14</sup>.

Llama de igual modo la atención que los niveles judiciales de protección de los derechos sean permeables, a modo de vasos comunicantes, entre las distintas jurisdicciones nacionales y los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. Está por demostrar que a través de las técnicas de la interpretación conforme y la doctrina del derecho vivo se pueda conseguir una aplicación de los derechos y libertades, suficientemente armónica.

El acatamiento a los razonamientos jurídicos de estos Altos Tribunales resulta manifiesto y su jurisprudencia bien conocida, si nos atenemos a la cantidad y calidad de la doctrina que suscita.

A nadie se le oculta que esta especie de Bill of Rights del 2000, pretende cumplir con una *Función de integración social* de la máxima importancia: ayuda a la necesaria producción de simpatía entre ciudadanos y pueblos. Actúa como punto de sutura en la disociación que generan las relaciones entre el capital y el trabajo y quiere contribuir a configurar un ámbito unitario del denominado bien común.

La importancia de estas funciones es tan patente como difícil es al mismo tiempo su realización y cumplimiento.

La actual arquitectura europea de los derechos sociales los presenta además como figuras abiertas y definibles desde una multiplicidad de niveles. Pero esta misma perspectiva multinivel, tan celebrada por una profusa doctrina académica, no está carente de dificultades. En primer lugar porque cabe preguntarse cómo se establece armónicamente el grado más elevado de protección de los derechos sociales, dentro del espacio europeo, dada la

diversidad de origen de los ordenamientos jurídicos y de las respectivas políticas sociales. Y en segundo y último lugar porque puede contribuir a una indeseable disolución de la responsabilidad política de los distintos centros de poder, en favor de una preclara jurisprudencia pretoriana a varias bandas, que declara los derechos.

No faltan voces críticas que se preguntan cómo determinar el nivel de protección más elevado de los derechos y libertades según cual sea el ordenamiento jurídico de referencia. Porque parece evidente que no va a resultar sencillo lograr una estratificación jurisprudencial pacífica y armónica entre las diferentes instancias del constitucionalismo multinivel.

Se dice por ello, que este nuevo enfoque desvaloriza los textos normativos y exalta excesivamente la actuación de los tribunales de justicia. Es decir, estaríamos, como ha dicho M. Luciani, ante una enésima versión del viejo prejuicio antiparlamentario y antilegislativo, propio de la cultura jurídica europea.

Quiero llamar la atención, siguiendo esta línea crítica, sobre cómo el singular proceso de integración europea revela algún tipo de asimetría entre contenedor y contenido del estatus de ciudadano europeo. Y es comprensible que sea así porque este tipo de ciudadanía yuxtapuesta o de 2º grado no se construye sobre el trípode clásico que vincula en línea recta la titularidad de los derechos a un territorio y a una cierta nacionalidad.

*De manera que es posible que se produzca una extensión y profundización en el contenido de la ciudadanía, añadiendo mas facultades y derechos, y a la vez se reduzca o debilite el contener de la misma, que ya no se conecte a la condición de nacional, sino a la posición de consumidor o usuario, productor o trabajador.*

En la delimitación precisa del régimen jurídico de los derechos sociales ya no se pivota sólo sobre el criterio territorial, entendido como el espacio nacional de redistribución de bienes y servicios. Ahora se articulan también sobre el ámbito subnacional y europeo, e incluso se crean espacios para extracomunitarios y extranjeros.

También se rompe la ecuación que identifica al nacional con el único titular de estos derechos, admitiéndose la condición de residente y permitiendo la yuxtaposición de diversos regímenes de protección social.

Se comprende así que los derechos sociales aparezcan en el Espacio europeo como figuras jurídicas transversales que se organizan de forma reticular.

Pero al mismo tiempo no se pueden dejar de escuchar las muchas voces críticas con lo que podemos llamar el constitucionalismo social europeo. Estas voces se han hecho presentes en el complejo camino de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que como todos saben ha quedado irreversiblemente afectado.

Algunos autores dicen con razón que la reafirmación que se ha hecho en su parte II de los derechos fundamentales de carácter social, queda descompensada por la debilidad y ambivalencia de las políticas de la Unión Europea, encargadas de hacerlos operativos.

En este sentido se sostiene que los derechos sociales, en retroceso y sin garantías, salen inequívocamente mal parados en esta fallida codificación pacticia, que el electorado francés y el holandés han dejado de momento en la cuneta.

Autorizada doctrina piensa que no hay base conceptualmente suficiente, ni tampoco políticamente creíble, para remediar el llamado déficit social europeo.

Pero este certero diagnóstico no exime de seguir pensando en los derechos sociales y económicos como un tipo de derechos humanos que proporcionan una vinculación entre pueblos y no sólo entre Estados, al superar el doble criterio de la movilidad y la no discriminación, dentro de los respectivos territorios, y también entre ciudadanos autóctonos y ciudadanos foráneos.

Además esta clase de derechos contribuye a materializar el principio de cohesión socio-económica, que se articula con la política social y regional, a través de los fondos estructurales gestionados mediante una programación integrada<sup>15</sup>.

#### **4. A MODO DE CONCLUSIÓN**

La masa crítica dedicada al estudio de esta materia, arroja resultados que hemos de considerar como un capital doctrinal ya adquirido, que no puede ser ignorado.

Sabemos por ejemplo que el alcance de los derechos sociales no se agota en su pura dimensión subjetiva, sino que obedecen también a una profunda inspiración comunitaria y están conectados con el principio de solidaridad. Sería pues torpe acentuar tan sólo su mera vertiente individualista y procesal,

ignorando intereses colectivos y grupos intermedios con personalidad jurídica privada o pública. Porque no tendría sentido dotarles de eficacia jurídica sólo si coinciden y cuando coinciden con el mero interés individual.

Como se ha apuntado con razón, los intereses de los individuos aislados y los valores ideales no son un punto de referencia para la comprensión de los derechos sociales. Lo decisivo no son entonces las personas que se autorrealizan sino una lógica de tipo institucional en la que estos derechos son auténticos operadores jurídicos. Con ellos está en juego la contribución del derecho a la realización del universo social antes que la tutela del individuo <sup>16</sup>.

No resulta sencillo sostener una teoría constitucional del principio de solidaridad, mínimamente satisfactoria en términos jurídicos<sup>17</sup>, pero eso no es razón suficiente para dejar de buscarla. Bastaría con intentar seguir los esfuerzos que ha hecho la doctrina alemana, y a su vez la propia iuspublicística italiana, para esclarecer el significado del principio constitucional del Estado Social.

Como hemos dicho al principio de este trabajo, siguiendo a D. Grimm, ya no basta el reconocimiento de la mera igualdad formal si no se avanza en la línea del principio de solidaridad, pues aunque este principio tenga dificultad para encontrar su adecuada forma jurídica, se justifica por su vinculación con un mínimo de justicia material y por su vinculación con los principios morales.

Escribíamos también que en la actualidad se avanza hacia una nueva tríada de ideales jurídicos que la doctrina más atenta ha identificado con la Diversidad, Seguridad y Solidaridad. En estas circunstancias debe tenerse presente que conceptos como individualismo, globalización y también emigración, no suponen ningún tipo de explicación sino solamente son descripciones. Este es el motivo que justifica la necesidad de una revisión crítica de nuestras instituciones y de los procedimientos de integración social. Y no falta quien, con fundamento, sostenga la necesidad de una tutela preventiva de los derechos humanos.

Como recordaba con humor un ilustre jurista, el hombre es mortal pero la persona jurídica puede ser inmortal. Para asegurarse la inmortalidad basta que al término del plazo establecido para su duración, la asamblea delibere y apruebe la prórroga y así hasta el infinito. En este sentido no sobran los esfuerzos que contribuyan a una mejor construcción jurídica e institucional de los derechos humanos, con vocación de futuro.

También la figura que analizamos puede entenderse, como un proceso histórico y no sólo como un mero catálogo de derechos. En este sentido se identifica con estrategias para el cambio social. Como le hubiera gustado decir al profesor Marzal, no se puede entender esta categoría jurídica sin atender a su propia historia y a la naturaleza dialéctica de esa misma historia<sup>18</sup>.

Por eso no conviene olvidar que *los derechos sociales son una consecuencia política y lógico-material del principio democrático*. Principio que lleva implícita la exigencia de tratar de manera diferente a las diferentes categorías de sujetos, a fin de conseguir el mayor grado de libertad efectiva y de concreta justicia social.

La lógica del Estado democrático conduce políticamente a la realización en mayor o menor grado de las demandas sociales, porque dónde hay elecciones libres y libertad de expresión, termina siendo insoslayable la preocupación por cuestiones relativas a la justicia social.

De manera que bien puede afirmarse que los derechos sociales aparecen pues como una connotación ineliminable de la democracia y representan un camino, acaso con muchas curvas, pero sin retorno.

También la jurisprudencia constitucional ha sabido deducir de estos derechos, distintas clases de prestaciones y obligaciones jurídicas de carácter promocional, directrices vinculantes al legislador, y medidas interpretativas de compensación frente a desigualdades injustificadas del ordenamiento.

En ocasiones la normas y principios que articulan la figura de los derechos sociales son mandatos de optimación que necesitan ser concretados más que interpretados. En este sentido encuentran un límite económico, dependiendo de los recursos que financian determinadas prestaciones que cubren algunas de las condiciones materiales de la vida de los ciudadanos. Pero en este punto no cabe olvidarse del equilibrio desigual que se produce entre las exigencias económico-financieras y las exigencias sociales. De modo que debe insistirse en que el fin es la satisfacción de los derechos sociales de la persona y el medio es la eficiencia económica que debe valorar también el cálculo de los costes y de los beneficios sociales.

Las normas positivas del ordenamiento establecen los criterios que permiten obtener la titularidad de estos derechos, situando “extramuros” del sistema a un creciente número de excluidos y marginados<sup>19</sup>.

A nuestro juicio la ciudadanía no debiera entenderse como un mercado de derechos dónde se intercambian títulos jurídicos de acceso al disfrute de bienes y servicios. Más bien, al contrario, se basa en un núcleo irreductible de derechos y deberes que vinculan la acción de los poderes públicos, situándose además al abrigo de las contingencias del mercado.

Hemos sabido también que los derechos de la constitución no liberan al juez de su sujeción a la ley. Y por tanto, en este campo, resultan de la máxima importancia los llamados derechos de configuración legal. El legislador tiene el mandato político de tomar las decisiones esenciales que organizan las instituciones y servicios dónde hacer efectivos estos derechos.

Dada la estructura normativa de este tipo de derechos que yuxtapone con frecuencia normas de tipo causal o de comportamiento con la forma de “si...entonces...” junto a normas finales o indicativas de tareas, el resultado suele ser un contenido regulativo denso. De modo que junto a las situaciones jurídicas subjetivas establece, en el ámbito jurídico objetivo, deberes de protección, obligaciones de fomento y algunos contenidos de procedimiento y de organización.

De la compatibilidad e implicación recíproca entre derechos sociales y derechos de libertad parte también la jurisprudencia constitucional cuando sostiene el interés de la colectividad a la liberación de todo ciudadano de la necesidad y de la garantía de aquellas mínimas condiciones económicas y sociales que consienten el efectivo goce de los derechos civiles y políticos.

A la jurisdicción constitucional, entendida como legislador negativo le incumbe, al respecto, sólo una función menor. Primero hay que apurar el margen de discrecionalidad legislativa y sólo después cabe apelar, a la intervención, en cierta manera subrogatoria o vicarial, de la justicia constitucional. Es de sobra conocida la advertencia de la mejor doctrina sobre el resbaladizo tránsito del Estado legislativo parlamentario hasta el Estado jurisdiccional de justicia constitucional.

No es lo mismo un supuesto de clara ausencia de actuación de un precepto constitucional, que una supuesta lesión al principio de igualdad, por no haber extendido el legislador el trato favorable dispensado a una sola categoría de sujetos, cuando debiera haberlo hecho extensivo a todas. Resulta claro que la disponibilidad del legislador en esta materia tiene sus límites.

En todo caso siempre queda el recurso a un control judicial, más o menos intenso, según los supuestos, y a un acertado manejo del principio de proporcionalidad, cuando el conflicto entre derechos subjetivos y disposiciones de fines del Estado se produzca inevitablemente. En esos casos se impone una ponderación de la medida adoptada respecto al fin que, con ella, se pretende alcanzar. Se celebra así el protagonismo del citado principio de proporcionalidad<sup>20</sup>, que contribuye a hacer operativos otros principios interpretativos constitucionales como el de unidad y concordancia práctica. Además contribuye a la aclaración de los límites semánticos entre enunciados constitucionales. El citado principio de proporcionalidad apoyado en los criterios de racionalidad, razonabilidad e idoneidad y necesidad, ha demostrado su enorme potencial hermenéutico en los procesos de aplicación de normas constitucionales relativas a derechos fundamentales.

Tiene sentido además porque puede hacer valer en la sede judicial, confiándose no al buen juicio de los jueces sino a instrumentos de prueba fácticos.

La conclusión debe ser, de todos modos, necesariamente modesta si se constata además que la jurisdicción es un recurso escaso, y esta afirmación lejos de contener ningún juicio de valor, se refiere a la realidad fáctica exclusivamente.

Pienso que en este campo vale más aferrarse a un sano empirismo de metas conseguidas, que a una idea del derecho, entendido como fábrica de inalcanzables sueños.

---

<sup>1</sup> El texto del presente trabajo contiene gran parte de las ideas de la Ponencia que en su día presenté al Congreso Internacional sobre Derechos Humanos, celebrado en Valladolid, los días 18, 19 y 20 de octubre de 2006, cuyas actas están en fase de publicación.

<sup>2</sup> Cfr. su trabajo titulado "El cuarto poder", publicado en el rotativo EL PAIS del 18 de octubre de 1995. De interés también la suma de trabajos del mismo autor, recogidos en "Contra el Poder y otros ensayos", en Ediciones de la Universidad de Alcalá de Henares Quinto Centenario, 1992. Resulta ser un pensamiento recurrente en la obra del autor, la apelación a las "reformas globales en la estructura social básica, apoyadas en un sistema de nuevas relaciones en la organización del poder mundial, organización que, dado el actual desarrollo de la tecnología, necesita ser unitaria, sin perjuicio de que sea flexible, en lugar de la caótica desorganización en que ahora está sumido el planeta".

<sup>3</sup> Cfr. Kelsen H., "De la esencia y valor de la democracia", KRK ediciones, Oviedo, 2006.

<sup>4</sup> Cfr. por todos A.- Perez Luño E., "La tercera generación de Derechos Humanos", ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006. "Una concepción generacional de los derechos humanos implica, en suma, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos.

- Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, preformativas y axiológicas”, p.42 y 43. Y por lo que se refiere al tema de la positividad de los derechos sociales, interesa recordar con Perez Luño que 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. En op. cit. P.311.
- <sup>5</sup> Cfr. “La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos”. García Roca J. y Santolaya P. (Coords.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- <sup>6</sup> Cfr. Pérez Serrano N., “La Constitución española” (9diciembre1931), ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, p. 184.
- <sup>7</sup> Esta idea es particularmente deudora de la lectura de BALDASSARRE A., que ha insistido en la configuración de la persona humana como sujeto de libertades positivas y en que los valores de la personalidad representan el fundamento del fundamento. Entre nosotros, vid. Gutierrez Gutierrez I., “Dignidad de la persona y Derechos Fundamentales”, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.
- <sup>8</sup> Cfr. “Diritti dell’uomo e Legge Fondamentale”, ed. Giappichelli, Turín, 1998. Este autor indica cómo el ciudadano no espera sólo del Estado la tutela de su libertad sino también seguridad, entendida como defensa de los riesgos técnicos y sociales, de las catástrofes ambientales y de la delincuencia organizada. No basta ya el reconocimiento de la igualdad formal para asegurar un mínimo de justicia material. Aunque es consciente de las dificultades jurídicas que entraña la definición de una solidaridad operativa, recuerda oportunamente que el Derecho recibe su fuerza vital y su íntima justificación de su vinculación con los principios morales. Vid. p. 2 y ss. Alude a una nueva triada de ideales jurídicos: diversidad, seguridad y solidaridad, insistiendo en la idea de una tutela preventiva de los derechos humanos. Vid. p. 78 y 93.
- <sup>9</sup> Cfr. Grimm D., “Constitucionalismo y Derechos Fundamentales”, ed. Trotta, Madrid, 2006, pp. 164 y 173.
- <sup>10</sup> Cfr. Rubio Llorente F., “Derechos fundamentales, Derechos humanos y Estado de derecho”, en la revista FUNDAMENTOS, 4/2006, p. 205 y ss.. Intenta diferenciar los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales como género y especie, en base al criterio de su susceptibilidad de garantía por una instancia externa (el juez frente al legislador, los órganos internacionales frente al Estado), y por tanto sólo aquellos que imponen una obligación negativa, sólo los derechos civiles y políticos, podrían ser considerados como derechos fundamentales.
- <sup>11</sup> Cfr. Sáenz Royo E., “Estado Social y Descentralización Política”, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 344. Desde un punto de vista poco frecuente en nuestra actual doctrina, se ocupa C. de CABO de la teoría constitucional de la solidaridad, en cuanto productora de mecanismos de articulación y armonización social, especialmente necesarios ante la característica fragmentación de las sociedades actuales por las transformaciones del Trabajo. En ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- <sup>12</sup> Cfr. “La Reforma de los Estatutos de Autonomía” Actas del IV Congreso nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- <sup>13</sup> Cfr. Giubboni S., “I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta de Niza”. En Il Diritto dell’Unione Europea, 2-3/03, p. 325 y ss. También. Ferrera M., “Verso una cittadinanza sociales aperta”, Riv. Italiana di Scienza Politica, nº 1, 2004. p. 95 y ss.
- <sup>14</sup> Cfr. Grimmd., op. cit.
- <sup>15</sup> Cfr. “La Constitución Europea” Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, ed. Tirant lo blanch, valencia, 2006.
- <sup>16</sup> Cfr. Martínez García J. I., “La imaginación constitucional”, en el vol. col. “La Constitución a examen” coordinado por Peces-Barba y Ramiro Avilés, ed. Univ. Carlos III y Marcial Pons, p.155.
- <sup>17</sup> Cfr. C. de Cabo, op. cit.
- <sup>18</sup> Cfr. su prólogo al último libro que coordinó “La huelga hoy en el derecho social comparado”, ed. Bosch, Barcelona, 2006, p. 18.
- <sup>18</sup> Como escribe Arranz M. comentando la obre de Bauman Z.: “cada día son más los países cuya principal producción es la de refugiados que no acoge nadie”. Se trata pues de un excedente humano, con todos los problemas que conlleva, a los que un Estado social no puede hacer frente sólo. Y tampoco mejora la situación si nos fijamos en la enorme masa de inmigrantes o a todos los que solicitan derecho de asilo. Vid. la revista CLAVES de razón práctica, nº 169, 2007, p. 77 y 78.
- <sup>20</sup> Cfr. Bernal Pulido C., “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, ed Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2005.