

LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis Prieto Sanchís
Catedrático de filosofía del Derecho

1.- Los derechos fundamentales y los derechos sociales.

El reconocimiento de los derechos humanos o fundamentales en el constitucionalismo de finales del XVIII representó la traslación al Derecho positivo de la teoría de los derechos naturales elaborada por el iusnaturalismo racionalista desde comienzos del siglo precedente: su objeto o finalidad, sus titulares y su contenido resultan coincidentes. El objetivo era en ambos casos preservar ciertos valores o bienes morales que se consideraban innatos, inalienables y universales, como la vida, la propiedad y la libertad. Los titulares o, mejor dicho, el titular resultaba ser también el mismo sujeto abstracto y racional, el hombre autónomo e independiente portador de los derechos naturales, que en su calidad de ciudadano y guiado sólo por su interés¹ concluía con otros sujetos iguales un contrato social que daba vida artificial a las instituciones, y que en calidad de propietario y movido asimismo sólo por el interés pactaba sucesivos negocios jurídicos de acuerdo con unas reglas formales fijas y seguras, sin que fuera relevante la condición social de quienes negociasen ni qué cosas se intercambiaban (Barcellona, 1993, p. 48 y s.). Finalmente, el contenido, aquello que representa la cara obligacional que acompaña a todo derecho, era también común y muy sencillo: lograr la garantía del ámbito de inmunidad necesario para la preservación de la propia vida y propiedad y para el ejercicio de la libertad en lo público y en lo privado; por tanto, el Estado debería de ser tan extenso como fuera imprescindible para asegurar dicha inmunidad frente a los demás individuos y tan

¹ Salvo el caso de Grocio, donde aún queda el residuo medieval del *appetitus societatis*, en el resto de los autores racionalistas el móvil del contrato social no es otro que el interés, N. Bobbio, 1985, p. 95 y s.

limitado como fuese posible para no convertirse él mismo en una amenaza para los derechos².

Este punto de partida daría lugar a una concepción de los derechos fundamentales y del propio Estado de la que en buena medida somos herederos. Creo que puede resumirse en estos dos lemas: supremacía constitucional y artificialidad o instrumentalidad de las instituciones políticas. La supremacía constitucional significa que los derechos operan "como si" encarnasen decisiones superiores a cualesquiera órganos estatales, incluido el legislador, y, por tanto, como si emanasen de un poder constituyente o soberano al que todas las autoridades e instituciones deben someterse; de ahí que los derechos no sean negociables o que en una democracia representen "triumfos frente a la mayoría", según una expresión que ha hecho fortuna. A su vez, la artificialidad de las instituciones significa que, en realidad, éstas carecen de fines propios y existen sólo para salvaguardar las libertades y la seguridad que necesariamente ha de acompañarlas, por lo que, en consecuencia, toda limitación de la libertad debe justificarse racionalmente, no en cualquier idea particular acerca de lo virtuoso o de lo justo, sino precisamente en la mejor preservación de los derechos³.

Consecuencia de lo anterior habría de ser un régimen jurídico característico del constitucionalismo norteamericano y que en Europa ha terminado imponiéndose tras costosa evolución. Creo que sus dos ejes fundamentales son la limitación de la libertad política de legislador y la tutela jurisdiccional de los derechos. Los derechos fundamentales se conciben, en efecto, mucho más como una cuestión de justicia que de política; desde

² Como escribe todavía C. Schmitt (1927, p.170), "los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del *hombre individual* libre y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado".

³ Por eso, decía la *Declaración* de 1789, "el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos" (art. 4)

luego, las concepciones de la mayoría se proyectan irremediabilmente sobre el ámbito protegido por las libertades, pero de forma restringida y siempre vigiladas por el control jurisdiccional. Cualesquiera que sean las circunstancias políticas y las razones de Estado, ese control garantiza, cuando menos, lo que hoy llaman algunas constituciones el "contenido esencial" de los derechos, así como un examen preciso de la justificación, racionalidad y proporcionalidad de toda medida limitadora. En suma, siempre una protección mínima del derecho y nunca una limitación innecesaria o no justificada podrían ser los lemas del sistema de derechos fundamentales en el marco constitucional.

Pues bien, la cuestión que corresponde plantear es si esta concepción de los derechos fundamentales resulta apta o aplicable a todo un conjunto de derechos que actualmente se hallan recogidos en las constituciones y en las Declaraciones internacionales: los derechos económicos, sociales y culturales o, más simplemente, los derechos sociales. De un lado, parece existir coincidencia en que esta categoría presenta contornos bastante dudosos o difuminados, tal vez porque, en palabras de Forsthoff, "lo social es un indefinible *definiens*" (1986, p. 46), de manera que bajo el nombre de derechos sociales se agrupan elementos heterogéneos desde el punto de vista de su estructura, modalidades de ejercicio, etc. (F. Laporta, 2004, p. 298). Por otra parte, tiende a relativizarse el alcance de las diferencias entre derechos individuales y sociales, poniendo de relieve cómo numerosos rasgos característicos resultan en mayor o menor medida compartidos por unos y otros (Ruiz Miguel, 1994, p. 651 y s.; Abramovich, Courtis, 2002, p. 19 y s.; L. Hierro, 2007, p. 171 y s.).

Pero no sólo comparten características. Como observa Pérez Luño (1984, p. 90 y s.) existe continuidad entre ambas categorías, al punto de que la satisfacción de los derechos sociales representa una condición para que los derechos individuales y con ellos la libertad y la igualdad se conviertan en reales y efectivas; la común base de sustentación de los derechos "excluye la idea de que puedan concebirse los derechos

sociales como una categoría especial, sobrevenida inopinadamente" (Laporta, 2004, p. 309). Lo que tampoco significa que entre unos derechos y otros no se advierten evoluciones distintas, grados de efectividad jurídica dispares e incluso algunos rasgos que parecen perfilar mejor una u otra tipología. Seguidamente, se ensayará una aproximación que pretende mostrar y al propio tiempo relativizar tales diferencias, para abordar más tarde el problema jurídico central: si y en qué medida pueden construirse posiciones subjetivas iusfundamentales de naturaleza prestacional en el marco del constitucionalismo contemporáneo y, más concretamente, en el marco de la Constitución española.

2.- Caracterización de los derechos sociales.

a) *Los derechos y el papel de las instituciones.* Los derechos civiles y políticos son concebibles sin Estado, sin necesidad de instituciones sociales que los definan, o, al menos, así han sido tradicionalmente concebidos, mientras que los económicos, sociales y culturales ni siquiera pueden ser pensados sin alguna forma de organización política. La vida, la propiedad y la libertad son para la filosofía política liberal derechos naturales anteriores a cualquier manifestación institucional y precisamente si el Estado existe es con el único fin de protegerlos; por ello, el Estado puede resultar necesario para garantizar dicha protección, pero en ningún caso para definir lo esencial del contenido de los derechos: "la libertad es aquí algo antecedente, no viene creada por la regulación legal, sino que es protegida (hecha ejercitable) y/o limitada por ella" (Böckenförde, 1993, p. 76). Es más, algunos sostienen que los derechos no sólo son independientes de cualquier organización política, sino que cuanto "menos Estado" exista tanto mejor para los derechos.

Justamente lo contrario parece suceder con los derechos sociales. De entrada, la mera determinación del catálogo y contenido de tales derechos, de carácter marcadamente histórico y variable, supone ya un proceso de debate inimaginable al

margen de la sociedad política; pues esa determinación depende en gran medida del grado de desarrollo de las fuerzas productivas, del nivel de riqueza alcanzado por el conjunto social, de la escasez relativa de ciertos bienes e incluso de la sensibilidad cultural que convierte en urgente la satisfacción de algunas necesidades. No estamos en presencia de derechos *racionales*, sino de derechos *históricos*, cuya definición requiere una decisión previa acerca del reparto de los recursos y de las cargas sociales, que obviamente no puede adoptarse en abstracto ni con un valor universal.

Sin embargo, y al margen de lo acertado o no de esta apretada síntesis, no deben compartirse las consecuencias institucionales que cabría pensar. En concreto, del carácter "natural" o pre-estatal de los derechos individuales no hay que concluir que éstos sean absolutos o incondicionados, predispuestos para triunfar siempre y en todo caso: cualquiera que sea nuestra concepción acerca de los límites de los derechos (interna o externa), tanto si somos conflictualistas como garantistas⁴, el tópico de que no hay derechos ilimitados resulta ser cierto. Esto es, los derechos sociales son limitados y colisionan con otros derechos, pero los individuales también lo hacen. Por lo demás, no cabe duda de que todos los derechos exigen para su protección una cierta estructura institucional, siquiera sea sólo para su defensa y tutela jurídica, aunque es verdad que esa estructura parece hacerse más densa y compleja en relación con los derechos sociales. En pocas palabras, cabe decir que en este punto la distancia que separa a los derechos individuales de los sociales es la que media entre el Estado liberal y el Estado social.

b) *Los derechos sociales como derechos prestacionales.* El carácter prestacional o de obligación positiva es uno de los rasgos más frecuentemente subrayados, tal vez porque, desde una óptica jurídica, resulta más explicativo o relevante que aquellos otros que se basan en consideraciones históricas, ideológicas o sociológicas (Contreras Peláez, 1994, p. 22 y s.).

⁴ Me permito remitir a Prieto, 2013, p. 83 y s.

El criterio definidor residiría en el contenido de la obligación que constituye el "reflejo" del derecho: en los derechos civiles o individuales, el contenido de la obligación consiste en una abstención u omisión, en un "no hacer nada" que comprometa el ejercicio de la libertad o el ámbito de inmunidad garantizado; en cambio, en los derechos sociales el contenido de la obligación es de carácter positivo, de dar bienes o de prestar servicios que tienen un carácter patrimonial y que suponen por ello una transferencia de recursos económicos y un problema de redistribución (Cruz Parceró, 2000, p. 91). Con todo, conviene formular algunas precisiones.

La primera es que algunos derechos generalmente considerados sociales se separan del esquema indicado, bien porque por naturaleza carezcan de todo contenido prestacional, bien porque la intervención pública que suponen no se traduzca en una prestación en sentido estricto; así, es manifiesto que carecen de contenido prestacional el derecho de huelga o la libertad sindical, salvo que interpretemos que la tutela pública de estas libertades es ya una prestación. A su vez, derechos sociales que requieren algún género de intervención pública, pero que no pueden calificarse propiamente de prestacionales son, por ejemplo, todos los que expresan restricciones a la autonomía individual en el contrato de trabajo, como la limitación de jornada, un salario mínimo o las vacaciones anuales. Igualmente, aunque no puedan calificarse como sociales, se excluyen aquellos derechos que implican "prestaciones jurídicas", como el derecho a la tutela judicial⁵. La segunda observación es que cuando hablamos de derechos prestacionales en sentido estricto nos referimos a bienes o servicios económicamente evaluables: sanidad, educación vivienda, subsidios de paro, enfermedad o vejez, etc.; pues de otro modo, si se incluyera también la defensa jurídica o la protección administrativa, todos los derechos fundamentales merecerían llamarse prestacionales (Gomes Canotilho, 1988,

⁵ Estos serían los derechos prestacionales en sentido amplio, es decir, derechos a protección, organización y procedimiento, vid. R. Alexy, 1986, p. 435 y s.

p.247), dado que todos ellos exigen en mayor o menor medida una organización estatal que permita su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas, o también el diseño de formas de participación; desde la tutela judicial efectiva al derecho de voto, todos requieren de esas prestaciones en sentido amplio; por lo que cabe decir en este sentido que todos los derechos reconocidos son derechos a acciones positivas (Hierro, 2007, p. 221).

Ahora bien, sucede que en los derechos sociales "la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho" (Contreras Peláez, 1994, p. 21). Más concretamente, dice Alexy (1986, p. 482) que "los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que -si el individuo poseyera medios financieros suficientes y se encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares". Visto desde la perspectiva de los bienes que son objeto de los derechos sociales prestacionales, no se trata de bienes en sí fundamentales, como la vida o la integridad física, sino de bienes patrimoniales y como tales objeto también de derechos patrimoniales (Ferrajoli, 2011, I, p. 735)

Finalmente, conviene advertir que las técnicas prestacionales no pertenecen en exclusiva a alguna clase de derechos, sino que en general son aplicables a cualesquiera de los fines del Estado, incluso también a los derechos civiles y políticos. Piénsese, por ejemplo, en la libertad religiosa que, según opinión difundida, no sólo ha de ser respetada, sino también protegida y hasta subvencionada a fin de que su ejercicio pueda resultar verdaderamente libre; o en la libertad sindical o en los derechos de participación política, cuyo ejercicio es mantenido y ayudado merced a múltiples medidas prestacionales. Que estas prácticas sean saludables para las libertades o que, al contrario, representen una intervención inaceptable que lesiona de paso la igualdad jurídica de todas las ideologías y confesiones es cuestión que no procede discutir ahora, pero en el fondo la técnica prestacional se halla presente no sólo en aquellos derechos que los son "por

naturaleza", sino también en otros que eventualmente se benefician de la misma (Böckenförde, 1993, p. 78 y s). Baste decir que aquí hablamos de los derechos prestacionales en sentido estricto, que últimamente Ferrajoli ha resumido en cuatro categorías: derechos a la subsistencia, a la salud, a la educación y a la información (Ferrajoli, 2011, II, p. 384)

c) *La titularidad de los derechos.* Frente a la pretensión de universalidad de los tradicionales derechos individuales, ya Bobbio observó el desarrollo de un proceso de *especificación*, "consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos... el paso se ha producido del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, o sea, en la especificidad de sus diversos status sociales" (Bobbio, 1991, pp. 109 y 114). Y en este sentido algunos afirman por ejemplo que "los derechos sociales son los derechos de los trabajadores en tanto que tales, los derechos de clase y más precisamente de la clase obrera" (G. Burdeau, 1972, p. 370)

En realidad, esa especificación no supone tanto una restricción del círculo de los titulares jurídicos de los derechos, cuanto una toma en consideración de las necesidades en el ámbito de la definición de los mismos (Pérez Luño, 2006, p. 157). No se trata de una diferencia en la universalidad de los sujetos, sino de las situaciones: enfermedad, pobreza, ignorancia, etc. Por decirlo en una terminología moral, los derechos sociales no pueden definirse ni justificarse sin tener en cuenta los *finés particulares*, es decir, sin tener en cuenta entre otras cosas las necesidades, como se supone que hacía Kant para fundamentar la moral⁶; y, por ello, tampoco son concebibles

⁶ La ética, escribe Kant, "no puede partir de los fines que el hombre quiera proponerse... porque tales fundamentos de las máximas serán fundamentos empíricos, que no proporcionan ningún concepto del deber, ya que éste (el deber categórico) tiene su raíces sólo en la razón pura" (1797, p. 232). De ahí que esa razón pura sólo nos proporcione dos derechos innatos, la libertad y la igualdad jurídica, los dos únicos que pueden ser pensados sin considerar los fines empíricos, precisamente porque son instrumentos necesarios para que cada individuo alcance los

como derechos universales en el sentido de que protejan bienes que interesen y que sean accesibles por igual a todo individuo, ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales. Dicho de otro modo, las ventajas o intereses que proporcionan o satisfacen las libertades individuales son comunes y preciosos para toda persona, mientras que las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales tienen por objeto bienes patrimoniales que están en el mercado y se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico-privadas es obviamente desigual. Los derechos sociales aparecen así al servicio de una "justicia compensatoria" (Arango, 2005, p. 337) de las situaciones de déficit, compensación necesaria para que todas las personas accedan a ciertos bienes básicos⁷

Por las mismas razones, los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico específico en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada. Este es el sentido general del art. 9.2 de la Constitución cuando ordena a los poderes públicos "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...". Justamente porque se considera que esa relativa igualdad sustancial que los derechos sociales articulan representa una condición o garantía del ejercicio de los propios derechos individuales (Ferrajoli, 2011, II, p.383) y con ello de los mismos bienes o valores que éstos preservan.

fines que se propone.

⁷ Por eso, a mi juicio, la atribución universal que es propia de los derechos fundamentales ("todos") debe reformularse como "el derecho de todos los individuos a obtener las prestaciones positivas fácticas necesarias para la satisfacción de sus necesidades básicas en caso de estar en una situación de desventaja que le impida satisfacer dichas necesidades por sí mismo" (Lopera, 2011, p. 167)

d) *El carácter de la obligación.* Una cuarta característica, en realidad más propia de los derechos prestacionales que de los derechos sociales en general, se refiere al tipo o carácter de las obligaciones generadas por los diferentes derechos. En efecto, tras los derechos civiles y políticos existen deberes jurídicos, normalmente de abstención, que representan reglas primarias o de comportamiento por lo común con un sujeto obligado universal. En cambio, tras los derechos sociales existen deberes positivos singulares que además por lo común se articulan mediante normas de organización; normas que, por así decirlo, se interponen entre el derecho y la obligación, entre el sujeto acreedor y el sujeto deudor. Como escribe Ferrajoli (2011, I, p. 705), "los derechos individuales son derechos absolutos o *erga omnes*, a los que corresponden prohibiciones (o sea, deberes negativos de no hacer) a cargo de todos y en primer lugar del Estado.. los derechos sociales en cambio son derechos fundamentales relativos o *erga singulum*, a los que se corresponden obligaciones (o sea, deberes positivos de hacer) a cargo normalmente del Estado".

Esto significa que los derechos individuales se violan fundamentalmente por *acción*, mientras que los sociales resultan lesionados por *omisión*, y esta diferencia es bastante importante (Laporta, 2004, p. 311 y s.). Porque, siendo así que para la satisfacción de un derecho prestacional interviene una pluralidad de sujetos, todos llamados a realizar acciones positivas (quien diseña la organización y el procedimiento, quien acuerda las dotaciones económicas, quien adopta y ejecuta las decisiones particulares, etc.) resulta bastante complicado identificar al responsable de la violación o desatención. Tal vez éste sea uno de los motivos que explican las particulares dificultades de los derechos prestacionales: las libertades generan un tipo de relación jurídica sencilla donde los individuos y los propios poderes públicos saben con bastante precisión en qué consisten sus derechos y deberes respectivos, mientras que estos otros derechos requieren un previo entramado de normas, estructuras administrativas y decisiones donde se entrelazan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de

distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho.

3.-Una definición convencional

Me parece que los criterios que se han enunciado y acaso algún otro que pudiera desarrollarse contribuyen a mejor perfilar la fisonomía de los usualmente llamados derechos sociales, pero, como hemos advertido también, no alcanzan a dotar de homogeneidad a un catálogo de pretensiones y expectativas de por sí bastante heterogéneo. Cualquier opción resulta teóricamente legítima: desde la perspectiva del Derecho laboral, por ejemplo, pueden englobarse bajo el calificativo de sociales sólo los derechos específicos de los trabajadores; desde una óptica iusprivatista, los que representan límites o restricciones a los dos grandes principios de la codificación moderna, la propiedad y la autonomía de la voluntad; para una aproximación histórica, aquellos otros que nacieron bajo el impulso de las ideologías anarquista y socialista a partir de mediados del siglo XIX; una reflexión moral o política, en fin, discutirá cuáles son las necesidades relevantes que deben ser atendidas y formulará consecuentemente su propio catálogo de derechos sociales. El resultado de esos diferentes enfoques sólo será parcialmente coincidente.

Sin embargo, como igualmente hemos adelantado, para una teoría de los derechos constitucionales y tomando como referencia la Constitución española, pienso que el debate debe centrarse en el capítulo de los derechos prestacionales en sentido estricto (Cossío, 1989, p. 44). Pero tampoco de cualquiera de ellos, pues los derechos sociales prestacionales se han desarrollado con frecuencia y pueden seguir haciéndolo al margen de un claro diseño constitucional e incluso legal⁸. Lo que se pretende estudiar es si la caracterización básica de los derechos fundamentales como obligaciones estatales capaces de

⁸ En realidad, el Estado social se ha movido muchas veces fuera del esquema constitucional, bajo las formas parapúblicas de los seguros obligatorios, mediante la expansión de los aparatos burocráticos y de sus poderes discrecionales, etc., Ferrajoli, 2011, II, p. 382

cimentar posiciones subjetivas, puede hacerse extensiva a los derechos que no generan un deber de abstención o de prestaciones meramente jurídicas, sino deberes positivos de dar bienes, prestar servicios o realizar actividades que, si se tuvieran medios, podrían obtenerse también en el mercado.

4.- La garantía de los derechos prestacionales.

a) *El problema de su valor jurídico.* Es frecuente pensar que los derechos sociales en general y muy particularmente los derechos prestacionales o no son auténticos derechos fundamentales, representando una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación. Esto ocurre incluso en alguna filosofía política, que concibe estos derechos como expresión de principios de justicia secundarios (Rawls, 1971, p. 123 y 237), cuando no como peligrosas confirmaciones del criterio utilitarista que amenaza el disfrute de los derechos individuales; o sea, en ningún caso se trata de triunfos frente a la mayoría e incluso, en no pocas exposiciones, aparecen como uno de los principales obstáculos que han de superar esos triunfos (Hayek, 1959, p. 350 y s.). Consecuentemente, de otro lado, en el panorama que ofrecen los ordenamientos de corte liberal, los derechos prestacionales tienden a situarse en el etéreo capítulo de los principios programáticos, muy lejos desde luego de las técnicas vigorosas de protección que caracterizan a los derechos fundamentales (Cascajo, 1988, p. 77 y s.). La simple lectura del art. 53 de la Constitución española confirma esta impresión: existen unos derechos civiles y políticos intangibles para el legislador, al menos en su contenido esencial, rodeados además de múltiples garantías, y existen unos principios (ni siquiera derechos) rectores de la política social y económica que "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos", pero que "sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". Ciertamente, no todos los derechos prestacionales se hallan recogidos en el Capítulo III

del Título I, ni por cierto en ese capítulo hay sólo derechos prestacionales, pero no cabe duda que el grueso de la que pudiéramos llamar promesa prestacional de la Constitución se encuentra bajo dicha rúbrica. Por eso, es muy significativo el juicio de uno de los primeros comentaristas: el Capítulo III, decía Garrido Falla en 1979, "está lleno de declaraciones retóricas que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico", pues para que una declaración tenga carácter jurídico no basta su inclusión en un texto constitucional o legal, sino que además es necesario "que tenga estructura lógica de norma jurídica: que sea una orden, un mandato, prohibición..." (Garrido Falla, 1979, p. 176), esto es, que adopte una determinada estructura imperativa.

Esta es una idea ampliamente extendida. Por citar sólo un par de ejemplos, decía Forsthoff (1975, p. 258) que el intento de dar vida a derechos sociales "tenía que fracasar, porque formulaciones de este tipo no son aptas para fundamentar derechos y deberes concretos". Más rotundamente, escribe Braud (1968, p. 152) que "los derechos-obligaciones positivas... no son normas jurídicas, pues carecen de una condición indispensable: la aptitud para la afectividad" y, siendo así, "se sitúan fuera del Derecho".

En el fondo, lo que parecen denunciar estas críticas es simplemente una falta de determinación de las pretensiones y de las correspondientes prestaciones que pueden buscar amparo o que resultan exigibles a la luz de algunos derechos sociales; por ejemplo, ¿a qué da derecho concretamente el "derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada" (art. 47,1 CE)? Pero esto en realidad constituye una característica común a la mayor parte de los derechos fundamentales y significa tan sólo que esos derechos reclaman una ulterior especificación legal o jurisprudencial (Abramovich y Courtis, 2002, p. 122 y s.; Hierro, 2007, p. 180 y s.). La prohibición de las penas inhumanas, los principios de igualdad o de autonomía ("libre desarrollo de la personalidad", art. 10,1 CE), por ejemplo, sufren una no menor imprecisión. En suma, como escribe Bernal (2005, p. 301), "todas las disposiciones que establecen los

derechos en una constitución son indeterminados, en el sentido de que no especifican con claridad el conjunto de las prohibiciones, mandatos, permisos y competencias que prescriben".

Me parece que esta objeción de la indeterminación ha sido hoy mayoritariamente abandonada en la propia dogmática constitucional, pues "ya no se puede dar por buena la vieja tesis, de la época de Weimar, según la cual la imposibilidad de la aplicación inmediata de los derechos sociales constitucionales viene dada por su propia indeterminación" (Cascajo, 1988, p. 70; Cossío, 1989, p. 252). Sin duda, los principios rectores del Capítulo III, como todos los valores y principios de la Constitución, tienen naturaleza jurídica y participan de la fuerza propia de las normas constitucionales; "al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes" (STC 14/1992), cuyo "núcleo o reducto indisponible para el legislador... ha de ser preservado en términos reconocibles... (por) la conciencia social en cada tiempo y lugar" (STC 37/1994)

b) *Dimensión objetiva de los derechos prestacionales.* En cuanto que normas objetivas, las cláusulas que recogen derechos sociales o prestacionales vinculan a todos los poderes públicos, incluido el legislador, por lo que, en principio, nada impide que sean invocados en cualquier instancia jurisdiccional e incluso que sirvan de parámetro para el juicio de constitucionalidad. Böckenförde (1993, p. 81) ha resumido esa vinculación objetiva en tres aspectos: el fin o programa que supone un derecho prestacional se sustrae a la libertad del legislador; es inadmisibles la inactividad o la desatención evidente y grosera por parte de los poderes públicos; y, por último, la satisfacción conferida a un derecho prestacional, una vez establecida, se muestra relativamente irreversible, en el sentido de que está protegida frente a una supresión definitiva o frente a una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera.

En su cualidad de normas objetivas, los derechos sociales

que adoptan la forma de "principios rectores" presentan a mi juicio una virtualidad y una insuficiencia. La virtualidad es que tales principios y los derechos prestacionales que derivan de los mismos encarnan normas de eficacia directa e inmediata al menos en dos aspectos: como cobertura de una acción estatal que en otro caso pudiera resultar lesiva desde la perspectiva de otros derechos o de otros fines estatales⁹, y como pautas interpretativas de disposiciones legales o constitucionales, permitiendo soluciones más acordes con el modelo del Estado social¹⁰.

La insuficiencia me parece que también es doble: primero, y seguramente por la especial indeterminación de estos derechos, que no precisan en qué consiste exactamente la prestación debida, ni en consecuencia en qué casos se viola la expectativa, no puede decirse que resulte habitual invocarlos como parámetro *único* para acordar la inconstitucionalidad de una ley, aunque ello no resulte jurídicamente imposible; si cabe decirlo así, los principios rectores entran en escena más para respaldar al legislador que para sancionarlo, y es que los enunciados constitucionales resultan aquí lo suficientemente amplios como para que casi diferentes políticas puedan justificarse, pero también para que casi ninguna pueda reputarse como obligatoria. La segunda, y acaso más importante, es que a partir de los principios rectores es difícil construir posiciones subjetivas de prestación, no sólo porque existan dificultades procesales para que los sujetos titulares puedan reivindicar su cumplimiento, sino por otras razones que serán seguidamente examinadas.

c) *Dimensión subjetiva de los derechos prestacionales.* No creo que los derechos sociales prestacionales ofrezcan

⁹ Por ejemplo, la protección del medio ambiente (art. 45 C.E.) puede justificar limitaciones a la explotación de los recursos y al aumento de la productividad, esto es, al derecho de propiedad (STC 66/1991)

¹⁰ Por ejemplo, de la cláusula del Estado social, unida a las obligaciones estatales que dimanen de los arts. 9,2 y 35, "debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera... no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino" (STC 81/1982)

especiales dificultades por así decir *ontológicas* en orden a la fundamentación de derechos subjetivos accionables ante la jurisdicción. Los problemas no proceden de su estructura u objeto, sino más bien de un reconocimiento constitucional devaluado que condiciona su operatividad al desarrollo legislativo de los mismos, desarrollo en muchos casos insuficiente. La mejor prueba de ello es que la propia Constitución reconoce algunos derechos prestacionales con la máxima protección. Por ejemplo, la asistencia y defensa letrada del art. 24,2; desde luego, es evidente que el legislador tiene una cierta libertad de configuración para regular las formas y modalidades de las prestación, pero en ningún caso hasta el punto de suprimir o debilitar absolutamente el derecho: en determinadas circunstancias, toda persona tiene derecho a obtener y el Estado la obligación de proporcionar defensa letrada gratuita¹¹. Lo mismo cabe decir del derecho a la educación: también aquí el legislador dispone de una amplia discrecionalidad para organizar la enseñanza, pero al final ha de garantizar la escolarización gratuita de todos los niños en los niveles básicos, y esta es sin más una pretensión accionable ante los tribunales, incluido el Constitucional¹². En ambos casos, y por amplia que sea la libertad de configuración del legislador, el estatus constitucional fuerte de estos derechos prestacionales, es decir, su inclusión en la sección 1ª del Capítulo II, parece resolver el problema de su tutela judicial; aunque sea mucho lo que le corresponde decir a la ley, la tutela judicial del derecho a una prestación educativa o a la defensa letrada está fuera de duda, y esa tutela se proyecta lógicamente sobre las dimensiones subjetivas.

Sin embargo, resulta que la mayor parte de los derechos prestacionales aparece recogida en el Capítulo III del Título I y, por tanto, se ve afectada por el art. 53,3: como sabemos, los

¹¹ La asistencia letrada es "una obligación jurídico-constitucional" y se produciría un caso de indefensión "si el litigante carente de recursos económicos no se le nombra un defensor de oficio", STC 132/1992.

¹² "El derecho de todos a la educación (presenta) una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo... en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad", STC 86/1985.

principios rectores/derechos prestacionales "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos", pero "sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". Desde luego, la redacción del precepto no es muy afortunada, pero en modo alguno puede suponerse que los artículos. 39 y siguientes de la Constitución no sean alegables ante los tribunales ordinarios, pues, si su reconocimiento, respeto y protección debe informar la "práctica judicial", es evidente que no sólo son alegables, sino que deberán ser aplicados por los tribunales. En realidad, lo que el precepto parece querer decir es que los principios rectores no son todavía derechos en sentido técnico¹³, es decir, no amparan una concreta acción ante la justicia dirigida a obtener la prestación "prometida". Las normas constitucionales son aplicables en el curso de cualquier controversia jurídica, pero su configuración como verdaderos derechos accionables ante la jurisdicción requiere la mediación del legislador, cuya función será concretar el alcance de la declaración, establecer formas de tutela, etc. Esta conclusión se obtenía con mayor claridad de la primitiva redacción del precepto¹⁴, pero la fórmula vigente debe conducirnos al mismo resultado.

Ahora bien, esta exigencia de desarrollo legislativo no vacía de contenido constitucional a los derechos prestacionales, ni siquiera impide por completo que pueda apreciarse en ellos una dimensión subjetiva. Primero, porque la intervención del legislador es *necesaria* para articular derechos subjetivos accionables ante los tribunales y sólo *conveniente* para perfilar los contornos de unos derechos que ya existen en y desde la

¹³ Empleo aquí la terminología de Kelsen: "un derecho subjetivo en sentido técnico (consiste) en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación" (1960, p. 147).

¹⁴ En el proyecto constitucional publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 5 de enero de 1978 se decía que "no podrán ser alegados directamente como derechos subjetivos ante los tribunales".

Constitución. Y, segundo, porque el desarrollo legislativo resulta también imprescindible en prácticamente todos los derechos fundamentales (Alexy, 1986, p. 496), y del mismo modo que en la hipótesis absurda de que el Estado decidiese dismantelar la organización de justicia o de que quisiera hacer lo propio con el sistema público de enseñanza, ni el derecho a la tutela judicial ni el derecho a la educación dejarían de ser derechos constitucionales, así tampoco los derechos prestacionales deben su existencia a la actividad del legislador. Pero, sobre todo, conviene insistir en que la restricción contenida en el art. 53,3 afecta sólo a las posibilidades de tutela judicial ordinaria. El mencionado precepto no impide que por vía interpretativa se perfilen pretensiones subjetivas a partir de enunciados prestacionales, por más que esa interpretación no pueda producirse en el curso de un proceso ordinario iniciado por el sujeto titular con el único apoyo de un principio rector.

En efecto, si los derechos prestacionales del Capítulo III han de informar la práctica judicial, es que pueden ser objeto de interpretación por los tribunales ordinarios; y, desde luego, resultan justiciables también ante el Tribunal Constitucional, y no sólo a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, sino acaso también mediante el recurso de amparo. Ciertamente, esta posibilidad requiere una interpretación algo tortuosa, dado que los principios rectores del Capítulo III están excluidos del recurso de amparo, pero creo que no se encuentra impedida por completo; por ejemplo, cabría articular dicho recurso a través de alguno de los derechos susceptibles de obtener tutela judicial mediante ese procedimiento para seguidamente ser interpretado a la luz o en conexión con un derecho prestacional¹⁵. En suma, que la

¹⁵ Cabe hablar aquí de una ampliación del ámbito del recurso de amparo por vía de conexión, esto es, de la tutela de una garantía o derecho en principio excluido del núcleo protegido, pero que se puede conectar a otro derecho susceptible de amparo. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha defendido una especie de derecho al rango de ley orgánica a partir de una conexión entre el art. 17,1 y el 81,1 (STC 159/1986); o un derecho a la

jurisdicción ordinaria no pueda brindar tutela directa a posiciones subjetivas nacidas de un derecho prestacional mientras falte el desarrollo legislativo, según establece el art. 53,3, no significa que en el curso de cualquier procedimiento tenga prohibida la consideración de los principios rectores, como tampoco impide que haga lo propio el Tribunal Constitucional por cualquier camino procesal, incluido el amparo si resulta viable a través de otro derecho¹⁶.

El Tribunal Constitucional español no parece haber llegado demasiado lejos. Al margen de los problemas ya comentados, suele insistir en que este capítulo de los principios rectores forma parte de la libertad de configuración del legislador. Y si bien en alguna ocasión ha hablado de un "núcleo o reducto indisponible" a favor de los derechos prestacionales (STC 134/1987), que parece evocar la idea de "contenido esencial", lo cierto es que suele atribuir al legislador la tarea de articulación de "los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo el mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte *a priori* constitucionalmente obligado" (STC 222/1992). Ciertamente, no son los jueces los sujetos llamados a diseñar los servicios, procedimientos y compromisos financieros que reclaman los derechos sociales, pero cuando menos conviene indicar dos cosas: que tampoco son desconocidas las sentencias aditivas o que tratan de subsanar una omisión legislativa que resulta inconstitucional; y segunda, que en alguna ocasión el Tribunal no ha tenido inconveniente en reconocer derechos allí donde la Constitución remitía a una ley claramente organizativa, como ocurrió con la jurisprudencia sobre la objeción de conciencia anterior a que se dictara la

motivación de las decisiones judiciales sobre la base de la conexión del art. 120,3 al 24,1 (STC 14/1991).

¹⁶ Por ejemplo, un derecho al "mínimo vital" podría construirse a partir del derecho a la vida (art.15), del principio de Estado social (art. 1,1), conectado a la dignidad de la persona (art. 10,1) y, en fin, de algún principio rector, como el derecho a la protección de la salud, a una vivienda digna, etc.

legislación pertinente¹⁷

Y llegados a este punto, es decir, al punto en que un órgano jurisdiccional a través de cualquier vía o procedimiento es llamado a decidir sobre un derecho prestacional, se suscita la que acaso sea pregunta nuclear: en qué condiciones y con qué alcance puede ofrecerle tutela. Alexy ha intentado resolver el problema con una argumentación sugestiva a partir de su concepción de los derechos como principios. La idea fundamental es que, desde la Constitución, debe renunciarse a un modelo de derechos sociales definitivos e indiscutibles; las exigencias prestacionales entran siempre en conflicto con otros principios o derechos, singularmente con la competencia legislativa y con los requerimientos de otras libertades o derechos, por lo que determinar en cada caso concreto si está justificada una prestación requiere un previo ejercicio de ponderación entre razones tendencialmente contradictorias que siempre concurrirán en mayor o menor medida. Concretamente, una posición de prestación estará definitivamente garantizada cuando el valor que está detrás de los derechos sociales, la libertad real o efectiva, exija con urgencia la satisfacción de una necesidad y, a su vez, los principios o derechos en pugna (el principio democrático en favor del legislador, las libertades de terceros, etc.) se vean afectados de modo reducido. En opinión de Alexy, esta condición se cumple "en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar..." (Alexy, 1996, p. 495)

5.- Entre la justicia y la política

La divulgada imagen del coto vedado o de los triunfos frente a la mayoría a veces parece sugerirnos que hay o que es conveniente que exista una nítida frontera material entre la constitución y la ley. En relación con los derechos, nos sugiere

¹⁷ "Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional no puede tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo de contenido... pero ese mínimo contenido ha de ser protegido", STC 15/1982.

que algunos son o deben ser de configuración constitucional y otros de configuración legal. Sin embargo, creo que, más allá de la plasticidad de esa imagen, un planteamiento como éste puede conducirnos a conclusiones equivocadas, al menos por dos razones. Primero, porque en el marco de un constitucionalismo rematerializado que ha otorgado carta de naturaleza a un amplísimo conjunto de valores, principios y derechos, sencillamente ha desaparecido la autonomía del legislador a propósito de cualquier materia; es lo que algunos llaman el efecto irradiación o impregnación. Y segundo, porque es ilusorio pensar que algunas "materias" puedan quedar por completo sustraídas a las decisiones de la mayoría, especialmente tal vez en las sociedades contemporáneas que han alcanzado una altísima complejidad económica, social e institucional; el principio democrático tiende a no reconocer territorios prohibidos. Si aceptamos que la constitución puede hablar de todo, el legislador también puede hacerlo (respetando la constitución, claro está), y en última instancia corresponde a las instituciones de garantía poner voz a los textos.

Creo que los derechos sociales son suficientemente importantes como para postular su inclusión expresa en un texto constitucional garantizado y, consiguientemente, para depositar su tutela en la institución de garantía por excelencia, que es la jurisdicción, constitucional pero también ordinaria, que resulta ser con diferencia la más idónea para defender los derechos. Y en este trabajo he procurado explorar las posibilidades que ofrece la Constitución española en este sentido, que en verdad no son muchas. Pero considero también que si no hay un coto vedado absoluto en relación con ningún derecho, menos aún en relación con los derechos sociales. Como hemos visto, éstos reclaman medidas fiscales y presupuestarias, organización de servicios públicos, diseño de procedimientos, identificación de los sujetos responsables de las omisiones en que consiste la violación de los derechos prestacionales, etc., decisiones todas ellas que sencillamente no pueden adoptarse directamente por las instituciones de garantía, sino por el legislador positivo. En suma, si sólo la constitucionalización

de los derechos sociales hace de ellos derechos fundamentales, o sea derechos frente a la mayoría, sólo la legislación puede asegurar también que sean derechos en verdad eficaces. Pero no sólo la eficacia depende del establecimiento legal de las correspondientes garantías, sino también la fisonomía universalista e igualitaria que es propia de todos los derechos fundamentales (Ferrajoli 2015, p. 138). El mundo de las prestaciones sigue siendo en gran parte un mundo burocrático presidido por la discrecionalidad política y administrativa y por ello sensible al favoritismo y a la corrupción. La ley no confiere existencia jurídica a los derechos sociales, que la obtienen de la Constitución, pero sí proporciona la garantía tanto de su eficacia jurídica como de la seguridad e igualdad entre los destinatarios y consiguientemente de la imparcialidad de las instituciones.

OBRAS CITADAS

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch. (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid
- ALEXY, R. (1986), *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, CEC, Madrid, 1993.
- ARANGO, R. (2005), *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1996), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- BARCELLONA, P. (1993), *Formazione e sviluppo del Diritto privato moderno*, Jovene, Napoli.
- BERNAL PULIDO, C. (2005), *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- BOBBIO, N. (1985) "El modelo iusnaturalista", en *Estudios de Historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*, trad. de J.C. Bayón y Estudio Preliminar de A. Ruiz Miguel, Debate Madrid.
- BOBBIO, N. (1991), *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de

Asís, Ed. Sistema, Madrid.

BÖCKENFÖRDE, E.W.(1993), *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J.L. Requejo e I, Villaverde, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

BRAUD, Ph. (1968), *La notion de liberté publique en Droit français*, LGDJ, París

BURDEAU, G. (1972), *Les libertés publiques*, LGDJ, París.

CASCAJO, J.L., (1988), *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid.

CONTRERAS, F.J. (1994), *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid.

COSSIO, J.R. (1989), *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid.

CRUZ PARCERO, J.A. (2000), "Los derechos sociales como técnica de protección jurídica", en M. Carbonell y otros (ed.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México.

FERRAJOLI, L. (2011), *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, 3 vols., trad de P. Andrés y otros, Trotta, Madrid.

FERRAJOLI, L. (2015), *Iura Paria. I fondamenti della democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli.

FORSTHOFF, E. (1961), "Problemas constitucionales del Estado social", en *El Estado social*, trad. de J. Puente Egido, CEC., Madrid, 1986.

FORSTHOFF, E. (1975) *El Estado de la sociedad industrial*, trad.de L. López Guerra y J. Nicolás, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

GARRIDO FALLA, F. (1979), "El artículo 53 de la Constitución", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 21.

GOMES CANOTILHO, J.J.(1988), "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1.

HAYEK, F.A. (1959), *Los fundamentos de la libertad*, trad. de V. Torrente, Unión Editorial, Madrid, 1975

HIERRO, L. (2007), "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de R. Alexy", en R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Coloquio Jurídico

Europeo, Madrid.

KANT, E. (1797), *Metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989.

KELSEN, H. (1960), *Teoría pura del Derecho*, trad. de J. Vernengo, UNAM, México 1986.

LAPORTA, F. (2004), "Los derechos sociales y su protección jurídica. Introducción al problema", en *Constitución y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid.

LOPERA MESA, G. (2011), "Diversidad cultural y derechos sociales", en P. Grández (ed.), *El Derecho frente a la pobreza*, Palestra, Lima.

PÉREZ LUÑO, A.E. (1994), *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.

PÉREZ LUÑO, A.E. (2006), "La positividad de los derechos sociales: un enfoque desde la filosofía del Derecho", *Derechos y Libertades*, 14.

PRIETO, L. (2013), *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid.

RAWLS, J. (1971), *Teoría de la justicia*, trad. de M. González, FCE, Madrid, 1979.

RUIZ MIGUEL, A. (1994), "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa*, 15-16, vol. II

SCHMITT, C. (1927), *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982