

HACIA UNA TEORÍA EXIGENTE DE LOS DERECHOS SOCIALES

por SANTIAGO SASTRE ARIZA

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. UNA PRIMERA CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES.—
III. UNA INTENSA RELACIÓN DE CONTENIDO.—IV. DERECHOS SOCIALES Y DEMOCRACIA.—V. GARANTÍAS, DERECHOS SOCIALES Y CONSTITUCIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda, una de las principales innovaciones del constitucionalismo de este siglo viene representada por los derechos sociales. El «éxito» que supone figurar en constituciones que se caracterizan por actuar como auténticas normas jurídicas con sentido pleno no siempre se ha visto correspondido, sin embargo, con la creación de mecanismos de protección que hagan posible su exigibilidad. Por ello, debido a su debilitada configuración jurídica y a las dificultades que plantea su realización práctica, no es difícil encontrar opiniones que niegan el valor jurídico de los derechos sociales argumentando que forman parte del capítulo de las buenas intenciones o que su reconocimiento tiene más bien un carácter meramente programático (1). Quienes defienden esta opinión trasladan estos derechos, como escribe Palombella,

(1) Por ejemplo F. GARRIDO FALLA: «El artículo 53 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 21, 1979, pág. 176. Ya advierte Bobbio que si «el campo de los derechos del hombre... es aquel en el que mayor es la diferencia entre la posición de la norma y su efectiva aplicación», ello ocurre «en mayor medida propiamente en el campo de los derechos sociales», *El tiempo de los derechos*, trad. R. DE ASTS, Sistema, Madrid, 1991, pág. 123. En opinión de Calsamiglia, «en nuestro derecho los derechos sociales no son derechos en el mismo sentido que los derechos individuales. Son aspiraciones legítimas y defendibles pero no tienen ni la protección ni las armas de los derechos en serio. Los derechos sociales son programas, directrices para seguir, pero no son triunfos frente a la mayoría ni suponen limitaciones a la negociación», A. CALSAMIGLIA: *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Paidós, Barcelona, 2000, págs. 142 y 143. La cursiva es del autor.

a una especie de «limbo jurídico, a la espera de que sean definidos detalladamente por la ley» (2). Se podría decir, utilizando las conocidas expresiones de Dworkin y Rawls, que estamos ante derechos que no operan como triunfos frente a la mayoría ya que pertenecen al ámbito del regateo político.

La falta de eficacia, que se manifiesta sobre todo en la ausencia de normas y de técnicas de garantía que faciliten su aplicación, permite que podamos afirmar que los derechos sociales constituyen acaso el mayor núcleo de «deber ser» frustrado o no realizado existente en el Derecho (tanto en el ámbito estatal como internacional), ya que en este caso la divergencia entre Derecho y realidad es evidente. Si hubiera que exponer sintéticamente las razones que se suelen aducir para justificar este fenómeno creo que en un primer momento podríamos señalar las dos siguientes: 1) Se trata de derechos distintos a los derechos individuales, que son considerados los verdaderos derechos «fuertes», y de ahí que parezca *natural* el carácter no justiciable de los derechos sociales. 2) La existencia de dificultades para dotar de efectividad o articular la infraestructura precisa que posibilite que los derechos sociales, que son denominados derechos «caros», puedan operar como auténticos derechos.

En este artículo me propongo profundizar en los argumentos que se manejan para negar la efectividad de estos derechos, y formular algunas propuestas que me parecen interesantes para elaborar una teoría exigente de los derechos sociales. La situación actual en que se encuentran estos derechos evidencia que el constitucionalismo contemporáneo, lejos de poder ser tildado como el mejor de los mundos posibles, todavía necesita ser completado o perfeccionado. Antes de acometer el objetivo apuntado quiero poner de manifiesto que en torno a los derechos sociales surgen muchas cuestiones difíciles de abarcar en un trabajo como éste. En efecto, una teoría de los derechos sociales requeriría un estudio acerca de la noción de derecho subjetivo, un análisis del significado de la democracia y de la Constitución, un examen del papel del poder judicial y, por supuesto, de las funciones del Estado. Por si fuera poco, a todo esto habría que sumar la difícil tarea de elaborar una teoría de la justicia que incluyera los derechos sociales entre los requisitos que definen o dotan de contenido la noción de legitimidad. Por todo ello, resulta oportuno resaltar que aquí tan sólo pretendo trazar un posible itinerario que ilustra algunas dificultades que debe resolver una teoría que aspire a tomar los derechos sociales en serio.

De entrada, me parece conveniente advertir que el problema de los derechos sociales pone de relieve las insuficiencias del paradigma kelseniano en relación con el modelo de actuación de la ciencia jurídica. Como es sabido, para el autor de la *Teoría pura del Derecho* la ciencia jurídica debe caracterizarse por su autonomía, ya que el Derecho tiene que ser explicado desde un punto de vista jurídico, es decir, sin necesidad de acudir a cuestiones empíricas o a consideraciones de justicia, y por su neutralidad, por lo que su función queda reducida a la tarea perfectamente científica

(2) G. PALOMBELLA: «Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría», trad. A. GARCÍA FIGUEROA, *Doxa*, 22, 1999, págs. 525-579, pág. 548.

de describir el Derecho (3). Pues bien, el problema de los derechos sociales recomienda dejar a un lado (y tal vez no sólo eso sino también criticar) la autonomía y la neutralidad. Lo primero porque esta materia subraya la importancia de un enfoque interdisciplinar, pues un estudio orientado hacia la efectividad de estos derechos no debe desconocer la inestimable utilidad de las investigaciones económicas y sociológicas; en suma, la necesidad de mirar al exterior del sistema jurídico. Lo segundo porque en relación con estos derechos adquiere todo su sentido la importancia de desarrollar una función crítica y de reelaboración o de propuesta. Por eso me parece que tiene razón Ferrajoli, que ha insistido en la función crítica y garantista de la ciencia jurídica en el marco del Estado constitucional de Derecho, cuando escribe que, en lo que se refiere a los derechos sociales, «nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como «crisis de la capacidad regulativa del derecho» (4).

II. UNA PRIMERA CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Dentro de la categoría jurídica de los derechos sociales suelen incluirse derechos cuyo objeto es el trabajo, la vivienda, la educación, la salud o, en general, el disfrute de prestaciones públicas que atienden a unas condiciones mínimas que se consideran necesarias para vivir dignamente. Estos derechos, que desde el punto de vista cronológico de su reconocimiento componen la denominada «segunda generación» de derechos, aparecen recogidos en muchas constituciones contemporáneas (como es sabido, la primera Constitución fue la mexicana de 1917; luego la de Weimar y después la española de 1931) y han sido incorporados a numerosos tratados internacionales.

Dejando a un lado la cuestión de su denominación, ya que obviamente el carácter social no es exclusivo de estos derechos, y el asunto bastante más importante de determinar cuáles son, interesa ahora destacar que el análisis de los derechos sociales resulta complicado ya que, como se ha llegado a afirmar, estamos ante «uno de

(3) H. Kelsen: *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. R. VERNENGO, U.N.A.M., México, 1986, págs. 15 y ss. Vid. A. CALSAMIGLIA: *En defensa de Kelsen*, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1997.

(4) L. FERRAJOLI: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. ANDRÉS IBÁÑEZ y A. GREPPI, Trotta, Madrid, 1999, pág. 30.

los conceptos más inciertos y menos unívocos del derecho público» (5). El principal candidato para constituirse en el rasgo definitorio de los derechos sociales es, como han resaltado muchos autores, su carácter prestacional.

De acuerdo con esta idea, teniendo en cuenta el tipo de actuación que requieren o reclaman a los poderes públicos, los derechos individuales se asocian con deberes de omisión o prohibiciones mientras que los derechos sociales se vinculan con deberes de acción u obligaciones positivas, ya que demandan una prestación concreta. Esta manera de ensayar una posible aproximación conceptual sobre los derechos, que tiene como trasfondo a su vez la distinción entre el modelo liberal de Estado abstencionista y el modelo social de Estado intervencionista, resulta tal vez deficiente porque es un enfoque excesivamente reduccionista que no se ajusta a la actuación real que comportan los derechos. En efecto, la crítica general que se suele hacer consiste en mostrar que ni todos los derechos individuales exigen deberes de omisión ni todos los derechos sociales piden obligaciones positivas (6). Es difícil sostener la existencia de derechos del todo negativos o que consistan en una pura abstención, ya que cualquier derecho presupone en cierto modo algún tipo de acción positiva por parte del Estado. En realidad lo que sucede es que si interpretamos de una manera extensiva el término «prestación», incluyendo no sólo la prestación de bienes y servicios sino también el establecimiento de normas así como el desarrollo de técnicas de promoción de ciertas actividades, el carácter prestacional se convierte en una característica que no es exclusiva de los derechos sociales sino común a todos los derechos.

Si la noción de prestación es interpretada de esta manera, hay que señalar que no sirve para realizar una separación estricta o una distinción estructural, ya que los derechos individuales y sociales conllevan un conjunto de obligaciones positivas y negativas. Lo que sí hay de cierto en el empleo de esta nota para definir los derechos sociales es que en éstos el papel de las obligaciones positivas o el de la prestación tiene una relevancia o una «importancia simbólica mayor» (7). Sin excluir su presencia en los derechos individuales, todo apunta a que existe una posible diferencia de grado o de carácter cuantitativo entre ambos tipos de derechos (8), en el sentido de que la naturaleza prestacional o la actividad del poder público parece tener un mayor peso o una significación más especial en el caso de los derechos sociales.

(5) J. L. CASCAJO: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pág. 47.

(6) *Vid.* el análisis de R. GARGARELLA: «Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?», *Jueces para la democracia*, 31, 1998, págs. 11-15.

(7) V. ABRAMOVICH y C. COURTIS: «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales», *Contextos. Revista crítica de Derecho social*, 1, 1997, págs. 3-55, pág. 7. Como afirma PALOMBELLA, «en el caso de los derechos sociales, la tutela necesaria consiste en una prestación estatal mucho más a menudo que en el caso de los derechos llamados de libertad», *Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría*, citado, pág. 550.

(8) *Vid.* F. J. CONTRERAS: *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 21.

De lo dicho hasta ahora podemos sacar la siguiente conclusión: existe una cierta interdependencia o unidad entre los derechos individuales y sociales, ya que cualquier derecho genera para el Estado un entramado de obligaciones positivas y negativas, de tal modo que no cabe encontrar en una posible distinción conceptual tajante la causa justificativa del tratamiento jurídico diferente que existe entre ambos tipos de derechos. Entonces, ¿qué criterio hay que tener en consideración para afirmar que son diferentes? ¿Su contenido tal vez? En el siguiente epígrafe se explora este camino.

III. UNA INTENSA RELACIÓN DE CONTENIDO

La conexión entre los derechos individuales y los derechos sociales no se reduce a una cuestión meramente conceptual, en cuanto que ambos designan un conjunto de obligaciones positivas y negativas, sino que existe, además, lo que podríamos denominar una intensa relación de contenido.

Lo que se quiere sugerir es que los derechos sociales aspiran a desarrollar, completar o realizar algunas exigencias que están ya expresadas en los derechos individuales. Precisamente, se suele insistir en que los derechos sociales encuentran su fundamento en la igualdad sustancial (9), en la libertad, en la autonomía o incluso en la propia dignidad. La interdependencia, por tanto, no se agota en el plano estructural, en el que se destaca que tanto los derechos individuales como los sociales conllevan un complejo normativo de obligaciones positivas y negativas, sino también en lo que se refiere al contenido, ya que los derechos sociales pretenden llevar a la práctica o perfeccionar los derechos individuales. A esto se refiere Nino cuando escribe que «los derechos sociales pueden verse como una extensión y prolongación natural de los derechos individuales básicos» (10).

Ciertamente, los derechos sociales representan un punto de vista material acerca de los derechos, ya que ponen de manifiesto la importancia del ejercicio de los mismos. Lo que se quiere resaltar es que no es suficiente el reconocimiento jurídico formal de los derechos individuales, pues las condiciones materiales de existencia con-

(9) Para FERRAIOLI «el derecho a la igualdad puede ser concebido, en efecto, como un meta-derecho», «es el principio constitutivo tanto de los derechos de libertad, en cuanto igualdad formal en los derechos de todos a sus diferencias personales, como de los derechos sociales, en cuanto igualdad sustancial en los derechos de todos a condiciones sociales de supervivencia», *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, A. RUIZ MIGUEL, J. C. BAYÓN, J. TERRADILLOS y R. CANTARERO, Trotta, Madrid, 1995, pág. 908.

(10) C. S. NINO: «La filosofía del control judicial de constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 4, 1989, págs. 79-88, pág. 84. También «Sobre los derechos sociales», trad. J. M. LUJAMBIO en M. CARBONELL, J. A. CRUZ y R. VÁZQUEZ (comps.): *Derechos sociales y derechos de las minorías*, U.N.A.M., México, 2000, págs. 137-143. Vid. B. DE CASTRO: *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad de León, 1993, págs. 76 y ss.

dicionan en gran medida el uso y disfrute de los derechos (11). En efecto, del mismo modo que la libertad exige ciertos medios o presupuestos para actuar y desarrollar esta capacidad, pues de lo contrario estaríamos ante una libertad vacía, también la igualdad requiere tener en cuenta la situación real de desigualdad fáctica en la que se encuentran muchas personas, pues de lo contrario lo que se produce es una mayor desigualdad. Una teoría de los derechos que se despreocupe del contexto socioeconómico en el que los derechos deben desplegar su función resulta seriamente insuficiente. De otra manera: los derechos sociales responden a un *descubrimiento* elemental que consiste en poner de relieve que la creación de un derecho no puede ser más importante que su ejercicio, «sino que a lo sumo debe haber un compromiso entre estos dos objetivos» (12). Aunque se deben distinguir conceptualmente los derechos de la falta de medios para llevarlos a cabo, sin embargo si no existen los presupuestos o las condiciones necesarias para ejercerlos entonces podríamos decir que se produce «una incitación a la baja de su cotización psicológica» y, por tanto, se amenaza de una manera determinante su existencia (13).

Si bien los derechos individuales o derechos de libertad al menos eran imaginables en la situación presocial que representa el estado de naturaleza (como sucede en el caso paradigmático de Locke) (14), los derechos sociales, en cambio, exigen una reformulación de la dialéctica sociedad-Estado en la que, en mi opinión, destacan fundamentalmente dos ideas: 1) se sostiene una visión más optimista del poder estatal y del Derecho. Del primero porque su intervención es necesaria para conseguir la infraestructura mínima que requieren estos derechos. Del segundo porque el Derecho se presenta como un instrumento adecuado para conceder una dimensión institucional a los derechos; y 2) se añade al conjunto de los fines que debe perseguir ese artificio en que consiste el Estado el de corregir aquellas circunstancias que desvirtúan o hacen disminuir notablemente el valor de los derechos. Por ello la estructura normativa del poder estatal cambia en un doble sentido: en primer lugar, porque no sólo está «limitado negativamente por prohibiciones de impedir y «derechos de», sino (también) funcionalizado positivamente por obligaciones de satisfacer los «derechos a», y, en segundo lugar, se transforma «la base de legitimación del Estado: mientras el Estado de derecho liberal debe sólo *no empeorar* las condiciones de vida de los ciudadanos, el Estado de derecho social debe también *mejorarlas*» (15). Si la

(11) Vid. G. PECES-BARBA: *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 64.

(12) C. S. NINO: «Autonomía y necesidades básicas», *Doxa*, 7, 1990, págs. 21-34, pág. 22. Vid. J. R. DE PÁRAMO: «Bienestar, derechos y autonomía», en J. MUGUERZA (ed.): *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, págs. 251-264, pág. 259.

(13) F. J. LAPORTA: «Sobre el uso del término «libertad» en el lenguaje político», *Sistema*, 52, 1983, págs. 23-43, pág. 40.

(14) J. LOCKE: *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (1690), trad. F. GIMÉNEZ, Espasa Calpe, Madrid, 1991, págs. 205 y ss. Vid. L. PRIETO: *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 73.

(15) L. FERRAJOLI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, citado, pág. 862. Las cursivas son del autor.

seguridad se presenta como uno de los objetivos del Estado, como puso de relieve Hobbes (16), hay que advertir que ahora es concebida desde una perspectiva social de una manera más amplia, pues también engloba evitar de algún modo la pobreza, la enfermedad y la ignorancia, ya que estos factores impiden que los hombres puedan desarrollar o conseguir sus fines. Por todo ello, los derechos sociales conforman sin duda una nueva dimensión de la legitimidad en cuanto también son expresiones de justicia, de modo que operan como criterios de enjuiciamiento de la actuación de las instituciones y del diseño normativo que se expresa en el Derecho.

Se suele afirmar que los derechos sociales responden a algunas necesidades básicas, que están relacionadas con la salud, la educación y el trabajo, y que poseen cierta objetividad (frente al carácter subjetivo de los deseos, los caprichos o las preferencias) porque no dependen de la intención del agente (17). Curiosamente el criterio del daño, que desde Mill constituye un principio crucial en la argumentación liberal acerca de la justificación de la intervención del Estado (18), se utiliza en esta sede para añadir cierta dosis de objetividad al concepto de necesidad. En efecto, la no satisfacción de ciertas necesidades puede acarrear un daño apreciable y frustrar en gran medida la posibilidad de ejercer derechos básicos, de ahí el carácter valioso de los derechos sociales una vez que son interpretados como un mínimo o un conjunto de condiciones suficientes para que tenga sentido actuar con autonomía. En mi opinión, el empleo de la teoría de las necesidades en la argumentación acerca de los derechos sociales debe tener en cuenta dos aspectos. En primer lugar, la dificultad de identificar las necesidades, tarea que puede verse agravada si hay que decidir cuáles son las básicas frente aquellas que son menos básicas o simplemente instrumentales. En segundo lugar, me parece que la importancia del trabajo o la cultura no se puede entender del mismo modo en distintas comunidades. Esto significa que el contexto histórico resulta fundamental para definir y comprender el significado de las necesidades. En este sentido, Benn y Peters escriben que «las necesidades que consideramos «básicas» están relacionadas con las normas establecidas por diferentes culturas. Diferencias en la prosperidad general, en la estructura de clases, y en los hábitos sociales, se reflejan en diferencias de opinión entre las diversas sociedades con respecto a qué necesidades son «básicas» (19).

Dejando a un lado la dificultad que entraña encontrar en las necesidades el fundamento de los derechos, lo que interesa destacar ahora es que parece difícil negar

(16) T. HOBBS: *Leviatán* (1651), trad. C. MELLIZO, Altaya, Barcelona, 1994, pág. 141 y ss.

(17) Vid. F. J. CONTRERAS: *Derechos sociales: teoría e ideología*, citado, págs. 52 y ss. C. S. NIÑO: «Autonomía y necesidades básicas», citado, pág. 21. J. MARTÍNEZ DE PISÓN: *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 163 y ss. L. HIERRO: «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», *Sistema*, 46, 1982, págs. 45-61. L. PRIETO: «Notas sobre el bienestar», *Doxa*, 9, 1991, págs. 157-169. M. J. AÑÓN: *Las necesidades y el fundamento de los derechos humanos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, págs. 31-32.

(18) J. S. MILL: *Sobre la libertad* (1859), trad. J. SAINZ, Orbis, Barcelona, 1984, pág. 32.

(19) S. I. BENN y R. S. PETERS: *Los principios sociales y el Estado democrático* (1959), trad. R. J. VERNENGO, EUDEBA, Buenos Aires, 1984, pág. 165.

que existe un cierto *continuum* de contenido entre los derechos individuales y los derechos sociales (aunque esta tesis, sin embargo, no sería compartida por algunos planteamientos de corte liberal). Por ello hay que seguir indagando para descubrir cuáles son las razones que convierten a los derechos sociales en derechos de segunda o de menor categoría.

IV. DERECHOS SOCIALES Y DEMOCRACIA

Uno de los argumentos que se suele emplear para justificar la devaluación de los derechos sociales consiste en sostener que la defensa del cumplimiento de los derechos sociales como un objetivo político supondría un sometimiento «excesivo» de la política al Derecho. En efecto, la satisfacción de los derechos sociales, que conlleva una «carga» no sólo presupuestaria sino también ideológica, limitaría en gran medida la capacidad de actuación o el diseño jurídico del poder legislativo. Con este argumento se pone de relieve la tensión existente entre la Constitución, representada en este caso por los derechos, y la democracia, que se identifica ahora con el Parlamento. Si esa tensión está ya presente en los derechos individuales, porque la rigidez constitucional y el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes puede resultar para algunos una erosión excesiva del principio democrático (20), con mayor motivo se incrementa con los derechos sociales. El conflicto entre constitucionalismo y democracia resulta más intenso en el caso de estos derechos, ya que comprometen seriamente el programa de la acción legislativa, y por ello es más fácil de resolver a favor del peso de la legitimidad democrática con que cuenta el legislador.

Me parece que esta objeción, que concibe los derechos sociales como derechos derrotables frente a la libertad del legislador democrático, puede ser superada con una interpretación más sofisticada del proceso democrático. Como es sabido, entre las virtudes del procedimiento democrático se suelen citar, en primer lugar, la igualdad, ya que todos pueden participar en la toma de decisiones y, además, el voto de cada uno tiene el mismo valor, y, en segundo lugar, la vinculación de la democracia con la autonomía, ya que al ser los propios interesados quienes deciden sobre cuestiones que les afectan se produce un acercamiento al ideal de autogobierno. Pues bien, me parece que para que estas virtudes puedan ser trasladadas al ámbito político en una decisión colectiva, antes deben ser realizadas a nivel individual. Esto supone

(20) *Vid.*, por ejemplo, R. GARGARELLA: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996; P. DE LORA: *La interpretación originalista de la constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; J. C. BAYÓN: «Diritti, democrazia, costituzione», *Ragion Pratica*, 10, págs. 41-64; V. FERRERES: *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; C. GUARNERI y P. PEDERZOLI: *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, trad. M. A. RUIZ, Taurus, Madrid, 1999; A. CALSAMIGLIA: «Indeterminación y realismo», P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.): *Analisi e Diritto*, 1999, págs. 219-227.

que debe pasar a un primer plano la necesidad de eliminar los obstáculos que impiden que la libertad y la igualdad tengan una plasmación real, porque sólo así, a mi juicio, la participación alcanza a tener una significación valiosa y efectiva. Si, como afirma Macpherson, uno de los requisitos de la democracia participativa es la reducción de la desigualdad social y económica (21), entonces creo que la participación a la que se alude con el procedimiento democrático engloba la dimensión material que encarnan los derechos sociales.

Esto, si no interpreto mal, aparece muy bien reflejado en la concepción epistémica de la democracia de Nino y en la noción de democracia sustancial que defiende Ferrajoli. Ambas teorías, además, se sitúan en dos planos diferentes, ya que el autor argentino destaca que los derechos que se derivan de los presupuestos de la moralidad tienen un carácter previo y fundamentador del proceso democrático, mientras que el autor de *Diritto e ragione* parte de la función limitadora de los derechos a partir de su constitucionalización.

Según Nino, un gobierno democrático minimiza la posibilidad de dictar normas éticamente inaceptables o, de otro modo, tiende a producir leyes moralmente aceptables. Esto es así porque el procedimiento democrático tiene una mayor inclinación hacia la imparcialidad que cualquier otro procedimiento, como la reflexión aislada o la decisión de un pequeño grupo de personas. El valor de la democracia radica en que ésta cumple ciertas condiciones (que tienen que ver con la participación, con el conocimiento y la justificación de los intereses en juego, con la presencia de circunstancias que incentivan la imparcialidad, con la posibilidad de corregir errores lógicos o fácticos en las propuestas y con el intento de conseguir el apoyo del mayor número de participantes) que posibilitan que se trate de un método adecuado para tomar decisiones colectivas moralmente correctas. Aun cuando estas condiciones nunca se satisfacen con plenitud y existen circunstancias que revelan su carácter imperfecto, el valor epistémico de la democracia es excluyente, es decir, de las virtudes de la democracia se infiere el deber de obedecer las normas que tengan un origen democrático aun cuando se consideren inmorales a la luz de la reflexión individual (22). Dejando a un lado la problemática que conlleva este carácter excluyente, que a mi juicio supone un desplazamiento excesivo de la moralidad, lo que ahora interesa resaltar es que la concepción de la democracia que sostiene Nino deja fuera del debate democrático dos aspectos: los derechos *a priori*, que son los que otorgan relevancia al proceso democrático como método para el conocimiento moral (23), y

(21) C. B. MACPHERSON: *La democracia liberal y su época* (1976), trad. F. SANTOS, Alianza, Madrid, 1981, pág. 121.

(22) Vid. C. S. NINO: *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 161 y ss. También «La democracia epistémica puesta a prueba. Respuesta a Rosenkrantz y Ródenas», *Doxa*, 10, 1991, págs. 295-305.

(23) Estos derechos se diferencian de los derechos *a posteriori*, que son los establecidos por el proceso democrático. Nino explica que «hay una cierta analogía entre esta determinación de los derechos *a priori* y el método trascendental a través del cual Kant determinó la verdad de las proposiciones sintéticas *a priori*, que no son alcanzables por la observación empírica sino por la identificación de las condiciones

las preferencias personales, ya que en este ámbito el método democrático no parece que tenga más valor que la reflexión individual. Pues bien, esas condiciones previas de la democracia no deben limitarse a los requisitos procedimentales sino que en ellas también figuran los derechos sociales, cuyo valor está íntimamente unido al reconocimiento de la autonomía y a los principios de inviolabilidad y dignidad de la persona, ya que son imprescindibles para que tenga sentido hablar de una participación libre e igualitaria en la discusión política. Así, escribe Nino que «la validez de una decisión mayoritaria depende de muchas cosas. Depende de cuestiones tales como la existencia de una relativa igualdad en los recursos para participar en ese debate democrático, del acceso a la educación que permite a cada uno estar en igualdad de condiciones y en la ausencia de condiciones que presionen, de condiciones que amenacen, etc., de tal modo que se pueda maximizar ese valor epistemológico de la democracia» (24).

De acuerdo con el planteamiento garantista de Ferrajoli, la incorporación de los derechos en unas constituciones que se caracterizan por su rigidez en materia de derechos exige una redefinición del concepto de democracia. Así, frente a la democracia formal o política, que estaría representada sin más por el principio de la mayoría y que se limitaría a responder a la pregunta acerca de quién y cómo se decide, la democracia sustancial alude a la necesidad de observar las condiciones de validez expresadas en los derechos fundamentales, que informan acerca de lo que está prohibido decidir y lo que está prohibido no decidir «más allá y acaso contra la voluntad de la mayoría» (25). Por tanto, una visión coherente de la democracia en la que operen los derechos como auténticos límites y vínculos de cualquier poder, exige tener en cuenta no sólo los derechos individuales sino también los vínculos positivos que corresponden a los derechos sociales.

Me parece acertado pensar que los derechos sociales, que tan estrechamente están relacionados con los derechos individuales, forman parte de esa dimensión sustancial que limita y condiciona —aunque quizá de una manera muy amplia como se verá después— la decisión democrática. Su aportación resulta importante para que el principio de autolegislación, que es invocado en numerosas ocasiones para defender una concepción formal de democracia (26), se lleve a cabo en mejores condicio-

de aquellas observaciones empíricas», C. S. NINO: *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. R. SABA, Gedisa, Barcelona, 1997, pág. 294, nota 17. Otra estrategia para fundamentar el valor de la democracia representativa a partir de derechos fundamentales no negociables es el recurso al voto vedado defendido por E. GARZÓN VALDÉS: «El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías», *Isonomía*, 12, 2000, págs. 7-34.

(24) C. S. NINO: *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, citado, pág. 87.

(25) L. FERRAJOLI: «El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad», trad. P. ANDRÉS IBÁÑEZ en el volumen P. ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.): *Corrupción y Estado de Derecho*, Trotta, Madrid, 1996, págs. 15-29, pág. 23.

(26) Bovero critica la noción de democracia sustancial de Ferrajoli y se inclina por la democracia formal como verdadero significado de democracia, M. BOVERO: «La filosofía política di Ferrajoli», L. GIANFORMAGGIO (ed.): *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino,

nes o con una mayor autenticidad. Con otras palabras: si el que haya *más democracia* resulta un objetivo político indiscutible, no lo es menos el que tengamos una *mejor democracia*. En este sentido, creo que tiene razón Pérez-Luño cuando afirma que «si el reconocimiento de los derechos individuales supone una garantía frente al absolutismo del Estado», «la proclamación de los derechos sociales suponen una garantía para la democracia, esto es, para el efectivo disfrute de las libertades civiles y políticas» (27). En mi opinión, la evolución o el perfeccionamiento del proceso democrático en las sociedades contemporáneas europeas requiere fijar en la extensión del bienestar que aspiran a materializar los derechos sociales uno de los objetivos prioritarios. Por ello, la lucha por los derechos sociales, que forman parte de lo que podríamos denominar el «Estado de (las) promesas» (28) porque carecen aún de las garantías adecuadas para conseguir eficacia, se convierte al mismo tiempo en la lucha por una noción de democracia capaz de tomarse en serio la constitucionalización de los derechos.

V. GARANTÍAS, DERECHOS SOCIALES Y CONSTITUCIÓN

Como se ha apuntado, uno de los argumentos que se suelen emplear para defender que los derechos sociales son, en realidad, aspirantes a derechos es que carecen del grado de protección que tienen los derechos individuales. El tratamiento jurídico que concede la Constitución a los derechos sociales avala esta inferioridad, ya que en el artículo 53.3 se afirma que «informarán la legislación positiva, la práctica judi-

1993, págs. 399-406, pág. 405. Palombella parece defender una noción de democracia formal que requiere, frente al puro mayoritarismo, unos requisitos de carácter procedimental que se refieren a cuestiones como el pluralismo y la libertad de expresión. Según Palombella, «la sustancia de la democracia es sólo el principio de autolegislación, y no la Constitución, ni la idea misma de los derechos individuales». Este autor señala que la noción ferrajoliana de democracia sustancial incurre en una *contradictio in adiecto* ya que a medida que aumentan los límites o el ámbito de restricción de la mayoría (las prohibiciones y las obligaciones de los derechos individuales y los derechos sociales), se incrementa «la dosis sustancial de democracia», lo que parece extraño porque en realidad disminuye la capacidad de autolegislación, que es el criterio que define el proceso democrático. Dejar algunas materias «fuera del alcance de la autonomía pública y por tanto de la autolegislación (con la sola excepción, obviamente, de cuanto sirva para posibilitar la autolegislación misma) no produce un incremento ni una versión sustancial del principio de autolegislación», G. PALOMBELLA: «Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría», citado, págs. 576 y 577 respectivamente. En otro lugar afirma que los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales no son límites externos de la democracia ya que están impuestos «por la propia democracia, entendida en su principio inspirador que es el de la autolegislación». Ello es así porque «lo que se presenta como garantía de la democracia no puede significar limitación de la democracia», G. PALOMBELLA: *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, trad. J. CALVO, Comares, Granada, 2000, págs. 10 y 11.

(27) A. E. PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, sexta edición, 1999, pág. 92.

(28) La expresión es de L. FERRAJOLI: «El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad», citado, p. 25. El paréntesis es mío.

cial y la actuación de los poderes públicos» y que «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Por tanto, parece que su carácter informativo y su dependencia de la ley han contribuido poderosamente a corroborar que se trata de derechos *disminuidos* ya que no tienen la misma fuerza normativa que los derechos individuales (aunque es preciso destacar la excepción que representan algunos derechos sociales como el derecho a la educación y el derecho a la huelga, por ejemplo). En mi opinión, como trataré de demostrar en los párrafos que siguen, este planteamiento puede ser matizado, pues creo que el hecho de que no dispongan de una tutela judicial como la prevista para los derechos individuales no significa que no existan otros medios que pongan de relieve su virtualidad o su posible eficacia.

Es preciso comenzar advirtiendo que, desde un punto de vista teórico, no se debe confundir los derechos con las garantías de los derechos. En un enfoque temporal los derechos se sitúan antes o constituyen un *prius* en relación con las garantías, que son instrumentos normativos que tienen como finalidad proteger o tutelar un derecho. La justificación de las garantías reside en los derechos. Dentro de las garantías se engloba un conjunto de posibilidades normativas que puede incluir deberes, inmunidades, acciones procesales y poderes, por ejemplo. La distinción entre derechos y garantías resulta útil para poder afirmar que, igual que existen distintos derechos, cabe reconocer que hay diferentes garantías o tipos de protección de los derechos.

Esta distinción es relevante, sobre todo en relación con los derechos sociales, porque permite separar, por un lado, la existencia normativa de un derecho, y, por otro, su realización empírica o su eficacia. En efecto, hay quien sostiene que la tutela jurisdiccional es la garantía fundamental o el requisito esencial para que un derecho sea un verdadero derecho. Creo que la visión kelseniana de los derechos representa muy bien esta posición. El autor de la *Teoría pura del Derecho* defiende que la esencia del derecho subjetivo «se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación» (29). En opinión de Kelsen, por tanto, un derecho subjetivo solamente puede ser «la protección de aquel interés que el derecho objetivo establezca» (30). De acuerdo con el planteamiento kelseniano, cuando se afirma que alguien tiene un derecho lo que se quiere decir es que puede acudir a los tribunales para reclamar su cumplimiento, es decir, se identifica el derecho con la garantía de la acción procesal. Pues bien, este análisis resulta perjudicial para los derechos sociales, ya que al ser derechos que no pueden ser reclamados ante los jueces estaríamos más bien en presencia de derechos ficticios, de modo que se equipararía la ineficacia con la inexistencia normativa (31). Frente a esta especie de *desuetudo*,

(29) H. KELSEN: *Teoría pura del Derecho*, citado, pág. 148.

(30) *Idem*, pág. 146.

(31) Un ejemplo de identificación entre el carácter no justiciable de un derecho y su inexistencia, D. ZOLO: «La strategia della cittadinanza», en D. ZOLO (ed.): *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pág. 33.

que convierte los derechos que carecen de eficacia en derechos vacíos, me parece que es conveniente sostener que los derechos sociales son derechos constitucionales pero con un menor grado de eficacia que los derechos individuales. Es importante recalcar lo de «menor grado» porque, como luego comentaré con más detalle, tienen algún tipo de relevancia en sede jurisdiccional, aspecto que se puede olvidar cuando el carácter justiciable de un derecho se resume en la posibilidad de acudir directamente a la tutela judicial ordinaria. Desde un punto de vista normativo, es precisamente esa falta de eficacia la que plantea la necesidad de que esos derechos existentes pero seriamente debilitados sean completados o desarrollados, ya que se trata de una de las principales asignaturas pendientes del Estado contemporáneo, o, si se prefiere, de la plena realización constitucional. Sobre esto insistiré más adelante.

Dentro del amplio elenco normativo de garantías del que puede gozar un derecho cabe distinguir, en opinión de Ferrajoli, entre garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primarias son «las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados», mientras que las secundarias se refieren a la posibilidad de la acción procesal, ya que aluden a «las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos» (32).

En relación con las garantías primarias, Palombella ha sostenido recientemente que las obligaciones y prohibiciones que pretenden dar cumplimiento a un derecho forman parte del contenido del derecho, de modo que no operan como garantías. Es decir, según este autor italiano, no es posible separar los derechos de sus garantías primarias (33). En mi opinión, esta diferenciación que traza Ferrajoli se puede mantener en pie. Parece razonable sostener que una cosa es el bien que refleja el derecho (la salud, el trabajo y la educación) y otra el entramado normativo que pretende asegurar y proteger ese bien (normas que se refieren a la asistencia sanitaria, normas que limitan el poder de los empleadores, normas que establecen la educación obligatoria). Estas garantías no son «connaturales» al derecho. En un sistema que se caracteriza por ser dinámico, como ocurre en el caso de los sistemas jurídicos, estas garantías pueden aumentar o disminuir. En relación con los derechos sociales me parece importante no sólo distinguir entre el derecho y las garantías, sino además poner de relieve que la materialización de los derechos sociales requiere muchas garantías primarias.

A esto hay que añadir un problema que guarda conexión con las garantías primarias. Si bien algunos derechos sociales, aun cuando sean imprecisos, aparecen con la estructura propia de los derechos, otros responden al esquema de las directrices, ya que establecen un fin pero no están constitucionalmente determinadas las ac-

(32) L. FERRAJOLI: «Garantismo», trad. A. DE CABO y G. PISARELLO, *Jueces para la democracia*, 38, 2000, págs. 39-46, pág. 40.

(33) G. PALOMBELLA: *Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría*, citado, págs. 538 y 539.

ciones que se consideran idóneas para conseguir ese fin, ni por tanto el grado de satisfacción que debe lograrse. A diferencia de las reglas, que admiten un cumplimiento pleno, las directrices son, según la feliz terminología de Alexy, mandatos de optimización (34), ya que su cumplimiento tiene un carácter gradual. Las directrices estimulan un razonamiento de carácter instrumental, ya que se trata de articular las medidas políticas adecuadas para lograr un objetivo constitucionalmente ordenado en el mayor grado posible. Sin perjuicio de que la técnica de la optimización esté presente en la aplicación no sólo de principios sino también de las reglas (35), esta configuración normativa afecta decisivamente a algunos derechos sociales. En efecto, resulta complicado determinar el papel de las garantías en relación con derechos que presentan este grado de apertura. Esto es así hasta el punto de que su violación se plantea como *difícil* si se entiende que el incumplimiento de un derecho tiene lugar cuando los poderes públicos han omitido absolutamente todos los actos imaginables que podrían hacer efectivo ese derecho y, por otro lado, su satisfacción o cumplimiento se presenta como *fácil* ya que cualquier acto puede ser interpretado como idóneo para la realización del derecho que se trate (36).

Sin duda, el establecimiento de garantías primarias y secundarias de los derechos sociales pasa por defender no sólo su existencia, sino también por destacar que estos derechos *dicen algo* o tienen algún contenido, algo así como un núcleo o «una parte dura» (37) que condiciona la actuación del legislador. Para que las garantías desplieguen su función protectora es necesario que los derechos tengan algún contenido que proteger. Por muy imprecisa que sea su configuración jurídica (no muy diferente de la que ofrecen otros enunciados constitucionales) o por su dependencia legislativa o por su inevitable vinculación a las circunstancias económicas o por tener disminuido el carácter justiciable, no por eso los derechos sociales son fórmulas vacías que permiten cualquier actividad del legislador, sino que deben tener algún contenido. En este sentido, con razón escribe Luis Prieto que «los derechos prestacionales han de tener un núcleo irreductible y que éste representa un contenido intangible para la libertad de configuración del legislador» (38).

Por tanto, la defensa de que los derechos sociales tienen un contenido resulta imprescindible para afrontar el debate acerca de sus garantías y para determinar cuándo se ha producido una lesión de alguno de estos derechos. Dado que se trata de derechos en los que tiene un mayor peso la acción del Estado, este contenido puede

(34) R. ALEXY: «On the Structure of Legal Principles», *Ratio Juris*, vol. 13, núm. 3, 2000, págs. 294-304. *Vid.* M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 6 y ss. También A. GARCÍA FIGUEROA: *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 187 y ss.

(35) Sobre ello *vid.* L. PRIETO: *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 46.

(36) *Vid.* A. M. PEÑA: *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, pág. 159.

(37) R. BIN: «Diritti e fraintendimenti», *Ragion Pratica*, 14, 2000, págs. 15-25, pág. 25.

(38) L. PRIETO: *Ley, principios, derechos*, citado, pág. 114.

ser interpretado como un marco de acción (39) por debajo del cual se entendería que se ha vulnerado algún derecho. En la eficacia de estos derechos están en juego dos ideas importantes para el constitucionalismo moderno: la fuerza normativa de la Constitución y la concepción de los derechos como auténticos límites al poder. Lo primero, porque por figurar en constituciones que operan como auténticas normas los derechos sociales deben gozar del mismo carácter preceptivo que el resto de los enunciados constitucionales, con independencia de que no tengan las mismas garantías de los derechos individuales. Lo segundo, porque por ser derechos deben funcionar como obligaciones para el Estado. Aun cuando el legislador disponga de una enorme libertad para ajustarse a estos derechos, no por ello dejan de aparecer como límites o mandatos dirigidos al legislador porque así lo quiso la voluntad constituyente.

La causa principal de la devaluación de los derechos sociales reside en que no disponen de las garantías secundarias adecuadas; concretamente, no son susceptibles de recurso de amparo y, además, su defensa ante la jurisdicción ordinaria no es directa sino que depende de lo establecido por las leyes. Una visión estricta de lo que se entiende por el carácter justiciable de un derecho convertiría los derechos sociales en derechos de menor entidad, ya que carecen de la acción procesal, que es la garantía que concede el bautizo a los derechos *robustos* o auténticos. Frente a esta lectura, creo que es importante destacar que una interpretación amplia de la noción de justiciabilidad revela que la operatividad de los derechos sociales puede venir por otros caminos que no se deben infravalorar. Con ello me refiero no sólo a que son principios que tienen eficacia directa en la creación, interpretación y aplicación de todas las normas del ordenamiento jurídico, como establece el artículo 53.3, sino que nada impide que, como ha defendido Luis Prieto, el Tribunal Constitucional pueda reconocer exigencias subjetivas a partir de estos derechos en dos vías: 1) en un recurso o cuestión de inconstitucionalidad y 2) en un recurso de amparo, una vez que se conectan con derechos que disfrutan de la tutela a la que se alude con las garantías secundarias (40). Esto último hay que tenerlo en cuenta ya que si se sostiene que existe una conexión relevante entre los derechos individuales y los derechos sociales, parece razonable mantener que la aplicación de los derechos sociales puede venir por la defensa de su vinculación con los derechos individuales, por ejemplo el derecho a la vida y a no ser discriminado. Creo que este aspecto justiciable que presentan los derechos sociales pone de relieve que su operatividad en el ámbito jurisdiccional admite otras posibilidades que no deben ser ignoradas.

Ciertamente, si existe algún recelo en relación con el activismo judicial en materia de derechos individuales, hasta el punto de que se cuestiona que un órgano que no tiene legitimidad democrática como es el Tribunal Constitucional deba realizar el control de constitucionalidad de las leyes, parece lógico que el activismo en materia

(39) R. ALEXI: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. GARZÓN VALDÉS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 447.

(40) L. PRIETO: *Ley, principios, derechos*, citado, pág. 105.

de derechos sociales se considere «más grave o más arriesgado» (41) porque esto no sólo supondría obviamente suplantar al legislador, sino que se estarían invadiendo las potestades presupuestarias imprescindibles para llevar a cabo su acción política. En mi opinión, es el legislador democrático quien, dentro del amplio margen que permiten los derechos sociales, debe configurar su contenido. Ahora bien, la actuación legislativa no puede gozar de una libertad absoluta, pues si así fuera se vaciaría por completo el contenido de estos derechos, de modo que sería lo mismo que figurasen o no en la Constitución. Llegados a este punto, me parece que es el Tribunal Constitucional quien ocupa la posición institucional adecuada para zanjar, como ocurre en el caso de los derechos individuales, el problema acerca del contenido mínimo que exigen estos derechos que tan estrechamente están conectados a los derechos individuales. Si esta tarea estuviera en manos del legislador, entonces la fuerza normativa de estos derechos que se presentan como obligaciones constitucionales quedaría desvirtuada. En ningún caso se afirma que el Tribunal Constitucional es el órgano competente para legislar discrecionalmente en materia de derechos sociales, pero sí se sostiene que debe marcar un mínimo para que tenga sentido afirmar que tienen algún contenido. De lo contrario, la incorporación de los derechos sociales en la Constitución, que es uno de los principales logros del constitucionalismo moderno, no tendría en realidad ningún significado.

Obviamente, la siguiente cuestión que hay que resolver es cómo determinar este contenido. En esta tarea especialmente difícil creo que sería importante destacar dos ideas. La primera es que el Tribunal Constitucional no debe ir más allá de lo que exige ese contenido mínimo, pues lo contrario sería invadir de forma injustificada las competencias del legislador. Este contenido mínimo aludiría al bien que se esconde detrás del derecho (la salud, la educación), que no debe ser deformado o ignorado por la acción legislativa, pues si así fuera estos derechos no tendrían relevancia alguna. La segunda es que en un análisis más concreto este contenido mínimo debe tener su anclaje en la conciencia social (42). Establecer cuál debe ser ese contenido exige tener en cuenta algunas circunstancias como el tipo de sociedad y las convenciones semánticas que guardan relación con las exigencias o expectativas que crean este tipo de derechos. Con esto no se trata de personificar la comunidad ni nada de eso, tan sólo se quiere sostener que el contenido de un derecho no es algo inamovible y que no puede ser establecido de forma independiente de la sociedad donde debe ser operativo.

Aunque la alusión a la conciencia social resulte una respuesta un tanto etérea o abstracta, sin embargo me parece que es inevitable. Por otra parte, con esto no se está afirmando nada nuevo ya que, según creo, algunos términos valorativos que aparecen en los preceptos constitucionales se llenan de contenido de esta manera,

(41) Ésta es la opinión de M. CARRILLO: «La eficacia de los derechos sociales», *Jueces para la democracia*, 36, 1999, págs. 67-74, pág. 68.

(42) Del mismo modo, G. PALOMBELLA: «Derechos Fundamentales. Argumentos para una teoría», citado, pág. 546. También L. PRIETO: *Ley, principios, derechos*, citado, pág. 116.

acudiendo al referente empírico de la moralidad convencional (43). Precisamente un análisis funcional de los derechos, como el que propone Palombella, destaca la importancia de que los derechos actúen como reglas de reconocimiento, es decir, que sean asumidos o aceptados como criterios que delimitan la validez de las normas jurídicas. Para lograr esta finalidad hay que fijarse en la práctica social, en la que desempeña un papel especialmente importante la actuación de las agencias de aplicación del Derecho. En relación con los derechos sociales, un análisis descriptivo revela que aún están lejos de funcionar como criterios de identificación del Derecho válido en una comunidad política determinada. Esto pone de relieve la importancia de la práctica social en relación con estos derechos que no disponen de las garantías adecuadas para lograr la efectividad.

Frente al conformismo que supone asumir como *natural* la inferioridad de los derechos sociales debido a que no cuentan con las garantías secundarias que articulen su tutela judicial, tal vez es preferible sostener que en su vertiente social el constitucionalismo moderno parece responder al viejo esquema de las constituciones dimitonónicas, que reflejaban el triunfo o la supremacía de la política frente a los derechos. Ferrajoli sostiene que desde un punto de vista jurídico la ausencia de garantías secundarias debe ser interpretada como una laguna que el legislador debe colmar, ya que se trata de una exigencia que deriva del principio de la plenitud (44). Sea esta tesis un juicio normativo (como mantiene Palombella) o descriptivo (como piensa Ferrajoli), lo que sí es cierto es que el Estado constitucional de Derecho se presenta incompleto en la dimensión que reflejan los derechos sociales. Aquí resulta decisiva no sólo la actuación del poder legislativo, sino también la capacidad de sugerir u ofrecer alternativas de la ciencia jurídica y, por supuesto, la importancia de las decisiones jurisdiccionales, que pueden despertar y avivar el debate democrático en torno a la necesidad de que los derechos sociales se conviertan en auténticos derechos.

Alguien puede pensar que este análisis resulta deficiente porque descuido el problema del condicionante económico en relación con los derechos sociales. Me

(43) Vid. C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN: «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN: *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 303-328, p. 315. Es verdad que el recurso al convencionalismo para determinar el significado de las normas jurídicas presenta algunos problemas, como el de la necesidad de establecer un criterio que permita discernir lo correcto y lo erróneo en el marco de los acuerdos o convenciones. Al respecto, vid. M. IGLESIAS: «Una crítica al positivismo hartiano: el problema del seguimiento de reglas», P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.): *Analisi e Diritto*, 1998, págs. 131-147, págs. 136 y ss. Juan Carlos Bayón propone una noción de convencionalismo que denomina convencionalismo profundo según el cual «no es el acuerdo explícito en torno a las aplicaciones concretas lo que las define como correctas, sino el trasfondo de criterios compartidos. Y la posibilidad —i.e., la posibilidad de que exista el segundo de ellos aun faltando el primero, porque los criterios compartidos no scan perfectamente transparentes para quienes los comparten— es precisamente lo que da sentido a la idea de convencionalismo profundo», J. C. BAYÓN: *Derecho, convencionalismo y controversia*, texto inédito.

(44) L. FERRAJOLI: *Derecho y garantías. La ley del más débil*, citado, págs. 59 y ss.

parece que este obstáculo, que ahora obviamente debe ser analizado desde una perspectiva que excede el ámbito estatal, está condicionado en realidad a las decisiones políticas. Precisamente quien defiende la lucha por los derechos sociales y se detenga ante el escollo de la situación económica en el fondo creo que no ha comprendido que la transformación que pretenden operar estos derechos es fundamentalmente económica, es decir, como escribe Barcellona, mientras que los derechos civiles y políticos definen las reglas del juego, los derechos sociales «intervienen para modificar los resultados del juego, alterando por ello, implícitamente, las referidas reglas» (45). Los derechos sociales exigen la adopción de decisiones políticas que están condicionadas por las circunstancias económicas, pero éstas no deben ser concebidas como una excusa insalvable para limitar su capacidad de realización práctica, sobre todo si se trata de derechos que plantean un cambio en las relaciones económicas para posibilitar el ejercicio en serio de los derechos, que es una manera de completar la tarea iniciada con su reconocimiento.

Por todo ello, me parece que es necesario articular teorías que permitan concebir los derechos sociales no como derechos retóricos, sino como derechos posibles. Detrás de la teoría de la devaluación de los derechos sociales quizá subyace, como afirma Bin, un prejuicio ideológico que responde al modelo jurídico-político del antiguo Estado liberal que daba preponderancia a los derechos negativos frente a los intereses que representan los derechos positivos o prestacionales (46). Es verdad que para nuestro modelo de democracia constitucional esto constituye un horizonte todavía lejano o un proyecto con alguna dosis de idealismo, pero ya va siendo hora de emprender el camino que conduce hacia esa meta que no es otra cosa que profundizar en el significado real de la democracia y la Constitución.

(45) P. BARCELLONA: «Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social», trad. E. DÍAZ-OTERO en E. OLIVAS: *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, págs. 29-47, pág. 34.

(46) R. BIN: *Diritti e fraintimenti*, citado, pág. 25.