

Herramientas para una Teoría de los derechos sociales (Discusión doctrinal)

Por CRISTINA MONEREO ATIENZA
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. EL CONTEXTO ACTUAL: LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL Y LA GLOBALIZACIÓN.-2. UNA TEORÍA JURÍDICO-MATERIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES.-2.1. *El término, el concepto y el fundamento de los derechos sociales.*-2.2 *Las características de los derechos sociales:* 2.2.a) La universalidad y la escasez; 2.2.b) El carácter absoluto y la eficacia relativa.-3. UNA TEORÍA JURÍDICO-FORMAL DE LOS DERECHOS SOCIALES.-3.1 *La positivización.* 3.2 *El concepto jurídico.*-3.3 *Las garantías: la reinterpretación y los nuevos conceptos en torno a la noción de derechos sociales.*

1. EL CONTEXTO ACTUAL: LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL Y LA GLOBALIZACIÓN

La crisis en el contexto actual incide de manera especial sobre los derechos sociales. Hace ya algunas décadas que se hizo patente una situación de segunda ruptura con el modelo adoptado de Estado de Derecho. Tras la crisis del Estado liberal de Derecho las deficiencias del Estado social como Estado de Bienestar son ahora insostenibles en el contexto de la globalización, una globalización que no abarca todos los ámbitos de la vida civil, política y social sino que se reduce al «imperio de la economía». La globalización se identifica actualmente con el fenómeno por el que se mundializan el Estado mínimo, el capitalismo, la flexibilización productiva y la desregulación jurídica, los derechos individuales y especialmente los asociados al mercado, y una supuesta cultura global (la occidental). En este contexto es inmi-

nente avanzar hacia la configuración de un renovado Estado de Derecho que no olvide las conquistas pasadas. El punto de partida ha de ser el mismo Estado social, aunque en su versión no residual sino desarrollista o institucionalista¹, es decir, aquella que persigue la desburocratización, la desmercantilización y la transformación de las exigencias sociales en verdaderos derechos fundamentales². La «cuestión social» ya no puede ser entendida únicamente en términos de disfuncionalidad de la sociedad industrial y capitalista, sino que junto a esta variante aparece ahora una «nueva cuestión social»³ centrada en distintos fenómenos de exclusión y desventaja social que ponen de manifiesto la necesidad de redefinición del Estado social mediante un conjunto de medidas de intervención jurídica e institucional que conlleven, asimismo, un cambio en la noción de ciudadanía entendida hasta ahora en términos de pertenencia a un Estado nacional, y también, una transformación en la visión debilitada de los derechos sociales a favor de la defensa de auténticos derechos sociales constitucionalizados⁴. Junto al nuevo Estado de Derecho se ha de luchar por una globalización distinta⁵. Reivindicada por muchos grupos (los confusamente llamados «anti-globalización») la globalización debe perseguir un intervencionismo social-económico del Estado, una internacionalización de los derechos sociales y un universalismo de la diferencia, del pluralismo⁶. Su objetivo ha de ser una verdadera «globalización jurídico-política» que configure el poder lejos de la soberanía nacional o de un supraestado y reivindique los derechos fundamentales. Un buen paso hacia esta ciudadanía cosmopolita es la propia ciudadanía europea entendida no como «ciudadanía de los europeos» sino como «ciudadanía europea o en Europa»⁷.

¹ TITMUS, R. M., *Política social*, trad. C. Rocha Puyol, Ariel, Barcelona, 1981.

² PISARELLO, G., «La renta básica como derecho y contrapoder», en *El vuelo del Ícaro*, núm. 2 (consultar www.redrentabasica.org). Vid. asimismo COX, R. H., «The consequences of welfare reform: how conceptions of social rights are changing», en *Journal of social policy*, 27/1 (1998), pp. 1-16

³ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996, y «Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2 (1999), pp. 239-262. Vid. asimismo, ROSANVALLON, P., *La nueva cuestión social. Repensar el Estado Providencia*, Manantial, Buenos Aires, 1995.

⁴ Este trabajo enfoca los derechos fundamentales como derechos *constitucionalizados* y adopta el paradigma del «neo-constitucionalismo» siempre que se entienda éste como un neoconstitucionalismo teórico [COMANDUCCI, P., «Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica», en T. Mazzaresse, (dir.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 71-94].

⁵ Vid. Sen, J., Anand, A., Escobar, A., y Waterman, P. (eds), *El Foro Social Mundial. Desafiando imperios*, trad. G. Galdón, El Viejo Topo, Madrid, 2004.

⁶ FARIÑAS DULCE, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2000, *passim*.

⁷ BALIBAR, E., *Noi cittadini d'Europa?*, Manifestolibri, Roma, 2001.

2. UNA TEORÍA JURÍDICO-MATERIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

La idea que cuestiona la «fundamentalidad» jurídica de los derechos sociales se ha generalizado en el ámbito académico y público. Dos razones inclinan a sostener una diferente argumentación. En primer lugar, porque los derechos sociales se reconducen a una serie de valores concretados en la noción histórica de dignidad humana. En segundo lugar, porque con su incorporación al ordenamiento jurídico adquieren una función esencial. Esta doble dimensión histórico-axiológica y político-jurídica justifica el estudio de los derechos sociales desde dos perspectivas: la teoría jurídico-material y la teoría jurídico-formal. En este primer apartado, la teoría jurídico-material, se analizan los temas más controvertidos en el análisis de los derechos sociales: el término, el concepto y, sobre todo, el fundamento y las características de estos derechos.

2.1 El término, el concepto y el fundamento de los derechos sociales

El término y, consiguientemente, el concepto del que parte esta investigación es el de «derechos fundamentales»⁸. Esta noción es acorde con la concepción de los derechos, con el mínimo o, en expresión hartiana, el núcleo de certeza por el que los derechos son la traducción normativa histórica de aspiraciones morales de las personas y elementos legitimadores del sistema político y jurídico del Estado de Derecho⁹. Los derechos sociales son, por tanto, derechos sociales fundamentales y más exactamente son «derechos económicos, sociales y culturales fundamentales»¹⁰. Estos derechos nacieron gracias a

⁸ La discusión doctrinal sobre la expresión más correcta para calificar los derechos ha dado lugar a una amplia bibliografía (vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Derechos: cuestiones de terminología jurídica», en *Revista de Derecho Constitucional* (Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de El Salvador, 30 (1999), pp.1-32; BARRANCO AVILÉS, M. C., *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid, 1996; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales* (1995), Eds. BOE/UCIII, Madrid, 1999). La noción generalmente asumida es «derechos humanos»; un término que, sin embargo, es equívoco, vago, emotivo y abusivamente empleado, lo que aumenta el riesgo de manipulación y la pérdida de fuerza y credibilidad de esta figura. Ejemplo de manipulación es su utilización como elemento justificador de las nuevas «guerras santas» [vid. GARZÓN VALDÉS, E., «Guerra e diritti umani», en *Ragion pratica*, 13 (1999), pp.25-49; MAZZARESE, T., «Guerra e diritti: tra etica e retorica», en *id.*, pp. 13-23; ZOLO, D., «La guerra come strumento di protezione dei diritti dell'uomo», en T. Mazzarese, (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovranazionale) dei diritti fondamentali*, cit., pp. 257-271].

⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 19

¹⁰ Esta expresión incluye tres categorías de derechos susceptibles de tener un tratamiento jurídico particular: los derechos económicos, los derechos sociales y los

la lucha por conseguir plasmar exigencias morales en el ámbito jurídico en un período de transición entre el proceso de positivización y el de generalización; un período que puso de manifiesto la necesidad de superar la contradicción existente entre la proclamación general de derechos a todos los individuos en abstracto y la práctica real restrictiva de esos derechos¹¹. No obstante, la elaboración histórica posterior de los derechos sociales no es razón suficiente para distinguir distintos «tipos» o «generaciones» de derechos¹² puesto que, aunque el uso de esta división es generalizado y ayuda a la claridad y estudio de los derechos, tiene el riesgo de caer en errores conceptuales importantes¹³. Frente a la distinción es posible afirmar, en primer lugar, que la prioridad temporal de los derechos individuales, civiles y políticos es relativa¹⁴; que, además, existe continuidad o conexión entre los derechos individuales, civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; y que, por último, no hay categorías devaluadas de derechos, sino que los derechos fundamentales forman un conjunto único y global sin diferencias cualitativas (en todo caso, lo que hay son diferencias cuantitativas o de grado)¹⁵. Esto conlleva inevitablemente aceptar un fundamento común de todos los derechos.

derechos culturales. Los derechos como la propiedad y la herencia o la libertad de empresa son derechos especialmente limitados y tienen que ser interpretados desde el conjunto constitucional, puesto que las expectativas de carácter económico deben adaptarse a los objetivos de justicia social. Algunos autores han defendido su exclusión de la categoría de derechos fundamentales basándose en razones estructurales [FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta (1999), Madrid, 2001, y FERRAJOLI, L., «Diritti fondamentali», en *Teoria Política*, XIV, 2, 1998, pp. 3-33], o razones axiológicas, concretamente en la ausencia del componente igualitario (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Escritos de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, p. 209). Otros autores prefieren salvar la fundamentalidad de estos derechos a partir de un análisis en sentido funcional [PALOMBELLA, G., «Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría», trad. A. García Figueroa, en *Doxa*, 22 (1999), pp. 525-579 y *L'autorità dei diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2002].

¹¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso...*, cit.

¹² Así lo han hecho PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso...*, cit., o PÉREZ LUÑO, A. E., «Las generaciones de derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10 (1991), pp. 203-217.

¹³ RABOSI E., «Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché», en *Lecciones y Ensayos*, 69-71 (1997/1998), pp. 41-51. *Vid.* también, GARGARELLA, R., «Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?», en *Jueces para la Democracia*, 31 (1998), pp. 11-15.

¹⁴ Esto se comprueba en los derechos de reunión y asociación, que suelen incluirse entre los derechos y libertades civiles y políticas, cuando, en realidad, surgieron a la par que los derechos sociales en los movimientos proletarios del s. XIX.

¹⁵ La devaluación funcional de los derechos sociales es consecuencia del desenvolvimiento de los avatares políticos y producto de una determinada ideología impuesta tras la caída de las dictaduras social-comunistas y el fracaso del Estado social como Estado de bienestar. RABOSI, E., «Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica», en *Revista de IIDH*, 18 (1993), pp. 46-50.

La tarea de fundamentar los derechos fundamentales, a pesar de su dificultad, requiere una especial atención ya que permite reclamar una mejor protección y una realización efectiva de los derechos¹⁶. Gran parte de la doctrina acepta la fundamentación moral del positivismo matizado que está basada en una moral históricamente incorporada en el ordenamiento jurídico; una moral legalizada referida a una serie de valores (libertad, igualdad, solidaridad y seguridad) reconducibles al concepto de dignidad humana¹⁷. Estos valores, que conforman la denominada «ética pública», legitiman el Estado social y democrático de Derecho y conforman la base material de las Constituciones¹⁸. La ética pública no establece comportamientos o exige conductas y tampoco establece una determinada concepción fija de vida buena. Por el contrario, a través de esta ética se fomenta la condición de todos los individuos como seres libres autónomos y libres, es decir, se respeta la ética privada referida a la libertad de conciencia, religiosa o ideológica¹⁹. A partir de la moral crítica (aquella que todavía no ha sido incorporada en textos positivos) es posible objetar aquello ya plasmado en el Derecho positivo y fomentar a través de nuevas reivindicaciones el progreso social²⁰.

¹⁶ La polémica en torno a la fundamentación de los derechos ha dado lugar a una extendida discusión, especialmente tras la tesis de Bobbio por la que defendía que el problema actual de los derechos no era el fundamentarlos sino el garantizarlos; tesis que en realidad se basaba en prepuestos no-cognocionista que rechazan un fundamento absoluto y optan por uno relativo que dote de las mejores razones. La justificación de los derechos es importante ya que inciden en la protección de los mismos (BOBBIO, N., «Presente y porvenir de los derechos humanos», en *El problema de la guerra y las vías para la paz*, trad. J. Binaghi, Gedisa, Madrid, 1982, p. 128, y «Sobre el fundamento de los derechos del hombre» y «Presente y porvenir de los derechos humanos», en *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, pp. 61 y 63; DE ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001).

¹⁷ Esta es en términos muy generales la teoría del positivismo matizado de Peces-Barba. Este autor se basa principalmente en la conjunción y la compatibilidad entre razón e histórica en la determinación del fundamento de los derechos (vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit.; *La dignidad humana de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002, y *Curso...*, cit.)

¹⁸ El sistema jurídico a partir de ahora no sólo incluye criterios formales de validez, sino también materiales. Se sigue en la línea del positivismo, aunque hay que reconocer que el positivismo corregido se acerca a una teoría no ya meramente descriptiva, sino valorativa, esto es, preocupada por el «deber ser» de conceptos como el de dignidad humana. Es lo que le ocurrió al positivismo suave de Hart (vid. HART, H. L. A., «Postscript», en HART, H. L. A.-DWORKIN, R., *La decisión judicial*, Estudio prel. de César Rodríguez, trad. M. Holgín, Siglo del hombre: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997).

¹⁹ Aunque cabe el riesgo de que las normas de la ética privada puedan introducirse a través de los canales formales que establece el propio Derecho.

²⁰ Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Ética pública e ética privada», en *Dereito*, 7, 1 (1998), pp. 165-182 (también publicada en español en el *Anuario de derechos fundamentales*).

La cuestión más crítica de esta teoría es que la ética pública no puede referirse a una supuesta Moral objetiva propia de los países occidentales. Por ello, es importante matizarla con las aportaciones de las teorías consensuales (de la idea de diálogo abierto y flexible en el ámbito espacial y temporal) y las teorías de las necesidades (necesidades humanas básicas sin las cuales el hombre no se puede considerar satisfecho en su dignidad)²¹.

Se parte, por tanto, de la afirmación de que todos los derechos se fundamentan en la dignidad humana concretada en los valores de la libertad, igualdad, solidaridad y seguridad, valores que no son inmutables y objetivos sino flexibles y abiertos al diálogo intercultural y a la transformación de las necesidades humanas. Los valores que han provocado mayor conflicto en relación a los derechos sociales son la libertad y la igualdad. Los críticos de los derechos sociales afirman que los derechos individuales, civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales tienen fundamentaciones distintas ya que los derechos sociales son principalmente *derechos de igualdad* y los derechos individuales y políticos son *derechos de libertad*. Este argumento es, sin embargo, poco riguroso puesto que ambos son derechos de libertad y de igualdad, aunque la fundamentación de cada uno se base en una configuración o dimensión diferente de estos valores.

Tanto la libertad como la igualdad tienen una doble dimensión formal y material. Los derechos individuales, civiles y políticos se basan principalmente en la libertad y la igualdad formales. La libertad formal se refiere al concepto histórico de libertad negativa, de restricción y prohibiciones por parte del Estado y de terceros²². La igualdad for-

²¹ Peces-Barba ha aceptado algunas de las propuestas realizadas tanto desde el mismo positivismo matizado como del iusnaturalismo deontológico (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Estudios de derechos fundamentales*, op. cit., p. 235). Dentro del positivismo matizado señalar, por ejemplo, a DE ASÍS, R., «Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos», en MUGUERZA, J. et al., *El fundamento de los derechos*, Debate, Madrid, 1989. Fuera ya del positivismo y más acorde con un iusnaturalismo abierto, funcional y deontológico, destaca PÉREZ LUÑO, E. A., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984. Igualmente destacan las teorías de las necesidades: HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Tecnos, Madrid, 1989; AÑÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, y «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas», en BALLESTEROS, J., *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp.100-115; o también Añón Roig, M. J./García Añón, J. (coord.), *Lecciones sobre derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; y DE LUCAS, J./AÑÓN ROIG, M. J., «Necesidades, razones y derechos», en *Doxa*, 7 (1990), pp. 55-81; SASTRE ARIZA, S., «Hacia una teoría exigente de derechos sociales», en *Revista de Estudios Políticos*, 112, 2001, pp.253-270; HIERRO, L., «Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto», *Sistema*, 46, (1986), pp. 45-61, y «Justicia, igualdad y eficiencia», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (1998), pp. 145-165.

²² Vid. HAYEK, R., *Los fundamentos de la libertad*, trad. J. V. Torrente, Unión Editorial, Madrid, 1982 (4.ª ed.), o BERLIN, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1998. Vid. igualmente, BOBBIO, N. *Igualdad y libertad*, introd. de Gregorio Peces-Barba, trad. P. Aragón Rincón, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 91-98.

mal «se identifica con la exigencia jurídico-política de la igualdad ante la ley, que supone el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos; esto es, la garantía de la equiparación de trato en la legislación y aplicación del Derecho»²³. Los derechos sociales se basan en una libertad e igualdad reales. La libertad real no es diferente a la capacidad, puesto que lo que hace importante a la libertad es aquello que se puede hacer con ella. Así, los derechos económicos, sociales y culturales no sólo son reflejo de la igualdad sustancial sino, al mismo tiempo, son derechos de integración que permiten crear las condiciones para una participación efectiva de los ciudadanos en una sociedad democrática. De ahí se comprende que muchos autores hayan utilizado un argumento de libertad para justificar los derechos sociales²⁴. La libertad es también fundamento de los derechos sociales²⁵. Por igualdad sustancial no puede entenderse igualdad absoluta de todos en todo. En principio, podría pensarse como una igualdad de oportunidades o igualdad en el punto de partida como corrección de las diferencias primarias que puedan afectar a un igual acceso a posiciones sociales²⁶. Sin embargo, este tipo de igual-

²³ RUBIO, A., «El derecho a la igualdad y a la no discriminación», en MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M. N., *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 939; MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Almería, 2000; ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 395 ss; PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 86.

²⁴ Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. p. 486. Esta idea de la capacidad contenida en el concepto de libertad es también defendida por A. Sen. Para esta autora la libertad se entiende como capacidades individuales para hacer cosas que una persona tiene razones para valorar (SEN, A., *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000). Asimismo, NUSSBAUM, M. C., *Diventare persone*, Il Mulino, Bologna, 2001, y *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna, 2002). En esta línea otros autores han llegado a cuestionarse la autonomía conceptual de la igualdad, como GARCÍA MANRIQUE, R., «En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos (acotaciones a Liborio Hierro)», en *Doxa*, 23 (2000), pp. 377-392.

²⁵ PEZZINI, B., *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 23. Vid. asimismo, PERGOLASI, *Appunti su alcuni lineamenti dei «diritti sociali»*, I Quaderni della Costituzione, Giuffrè, Milano, 1953; MAZZIOTTI, M., «Diritti sociali», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, vol. XII, p. 803; CORSO, G., «I diritti sociali nella costituzione italiana», en *Revista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, p. 755; LUCIANI, M., «Sui diritti sociali», en ROMBOLI, R., *Tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 79; SALAZAR, C., *Dal riconoscimento alla garanzie dei diritti sociali. Orientamento e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000.

²⁶ Las teorías liberales de la igualdad avanzaron en este sentido. La «igualdad democrática» de Rawls es un ejemplo. Ésta supone aceptar la diferencia, y asumir que las desigualdades en la distribución de la renta y la riqueza y en las distinciones de *status* son justas siempre que formen parte de un sistema más amplio en el que contribuyan a mejorar las expectativas de los más desfavorecidos (RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. M.^a Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México, 1979).

dad no garantiza la igualdad en los resultados, es decir, que partiendo de posiciones iguales se tengan los mismo efectos, ya que siempre hay circunstancias no legales (riqueza, azar, etc.) que pervierten esa igualdad inicial. Así, se debe interpretar la igualdad material como igualdad en los resultados o igualdad en el punto de llegada, que será consecuencia del conjunto de medidas a tomar por los poderes públicos para lograr una semejante calidad de vida.

Junto a estos valores, no hay que olvidar la solidaridad. La solidaridad aparece como conciencia del cuerpo común y el descubrimiento del *nosotros*²⁷. La solidaridad realiza los derechos sociales y es fundamento de la adscripción y distribución de bienes y recursos según las necesidades. Se ha definido como un *deber*, exento de contraprestación, cuyo obligado principal son los poderes públicos y los ciudadanos, y cuyo beneficiario es siempre la comunidad²⁸. El problema es si la solidaridad es una «virtud pública» o, por el contrario, se trata de una virtud de la ética privada, es decir, se cuestiona la posibilidad de obligar a alguien a ser solidario con los demás miembros de su comunidad. De Lucas sostiene que la solidaridad es una virtud pública indispensable en la relación con los otros y que se traduce en una ayuda mutua. La define como «conciencia conjunta de derechos y obligaciones que surgen de la existencia de necesidades comunes, de similitudes que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento»²⁹; esto es, se trata de aceptar la heterogeneidad y la diferencia y asumir los intereses del otro como propios sin quebrar su propia identidad. Efectivamente, la noción o identidad de grupo no es tal si no se aceptan las diferencias, si no existe pluralidad. Pero es dificultoso defender que la solidaridad es una virtud pública, puesto que ello parece anteponer los intereses de la comunidad como un todo a los del individuo concreto. En este sentido, la solidaridad ha de entenderse como un valor fundamental de los derechos que se articula a través de deberes de los poderes públicos y ciertos ciudadanos, pero que no presupone la existencia de un deber *general* de todos a ser solidarios. El hecho de negar que la solidaridad sea un valor *de* la comunidad no equivale a negar la solidaridad como valor fundamental *en* una comunidad. Por ello, se debe fomentar y articular para un mejor funcionamiento de la vida en común, pero, se ha de insistir, no se puede obligar a nadie a cumplir un deber de solidaridad.

²⁷ DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México D.F., 1993, p. 22. *Vid.* asimismo, DE LUCAS, J., «La polémica sobre los deberes de solidaridad», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 19 (1994), pp. 9-88.

²⁸ VIDAL GIL, E. J., «Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X (1993), p. 103.

²⁹ DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, cit., pp. 91-92. *Vid.* asimismo, NICOLINI, «La solidarietà humana come morale e come norma giuridica», en *Humanitas*, 1948, pp. 270 ss.; y también GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., «Notas para una elaboración de un concepto de solidaridad como principio político», en *Sistema*, 101 (1991), pp. 123-135.

Por último, no puede dejar de mencionarse el valor de la seguridad, un valor procedimental que supone la creación de un ámbito de certeza. No obstante, la seguridad en cuanto seguridad jurídica se debe entender como «eficacia de un sistema jurídico en tanto sistema normativo», es decir, «se trata de una técnica que obtiene un cierto grado de previsibilidad de los comportamientos humanos»³⁰. Por ello, es posible afirmar que la seguridad jurídica no es tanto un valor que informa al sistema jurídico, sino una condición necesaria de un ordenamiento jurídico como sistema normativo.

2.2 Las características de los derechos sociales

2.2.a) LA UNIVERSALIDAD Y LA ESCASEZ

La universalidad se ha convertido en uno de los temas más conflictivos desde el fenómeno de la globalización. La fragmentación cultural, política y jurídica ha cuestionado el carácter universal de los derechos ya que la contradicción entre su proclamación teórica mayoritaria y su inobservancia práctica es evidente y reconocida unánimemente.

La universalidad de los derechos puede tratarse en tres planos distintos: el racional, que tiene que ver con la titularidad abstracta y general de los derechos; el temporal, que concibe los derechos como figuras al margen del tiempo válidas en todo momento histórico; y el espacial, en el que la universalidad es la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción³¹. La universalidad en el plano espacial no ofrece ningún problema ya que es fácil constatar que no existe tal extensión universal de los derechos en la sociedad globalizada actual. En el plano racional y temporal el problema que tradicionalmente se ha planteado es el de la abstracción en la titularidad de los derechos como factor de descontextualización del ser humano y de consecuente exclusión ideológica de colectivos como la mujer o el extranjero. Esta injusta exclusión de determinados colectivos que no encajan en los moldes burgueses establecidos está siendo aún hoy fuertemente criticada. Algunos autores intentan combinar razón e historia a fin de mantener una universalidad racional, temporal y abstracta, pero de derechos contextualizados fruto de la historia y de *una cultura universalizable*³². Otros defienden una uni-

³⁰ GARCÍA MANRIQUE, R., «En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derecho humano básico (acotaciones a Liborio Hierro), cit., p. 388.

³¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso...*, cit., p. 299.

³² PÉREZ LUÑO, A. E., «La universalidad de los derechos humanos», en AA.VV., *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dikynson, Madrid, 2000. Vid. asimismo, PÉREZ LUÑO, A. E., «Sobre la universalidad de los derechos humanos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XV (1998), pp. 95-110.

versalidad racional *a priori* al adscribir los derechos a las personas en tanto *sujetos morales*³³. El peligro de estas teorías es el considerar los derechos desde el contexto determinado de las sociedades occidentales, y utilizar argumentos referentes a una supuesta superioridad de la cultura occidental. De ahí la necesidad de promover la flexibilidad y el diálogo entre culturas contrapuestas³⁴. No ha de aceptarse la universalidad adscrita a supuestos sujetos abstractos sin identidad que en realidad se adaptan a los moldes culturales occidentales³⁵, ya que esto provoca una política de exclusión y de fuerte homogeneización sobre lo que Occidente considera los «mínimos» universales³⁶. La universalidad tiene que consistir en el imperio de la inclusión del otro y esto conlleva la aceptación de obligaciones de la comunidad internacional, exigencias de solidaridad que imponen deberes más allá de la mera asistencia humanitaria³⁷, una solidaridad debida, institucionalizada y regulada, que no solamente espontánea. La lucha debe ir encaminada no al consenso sobre unos mínimos, ni a la homogeneización pretendida hacía «cotos vedados» por la cultura occidental³⁸, sino, por el contrario, al acuerdo desde la diversidad y la autocrítica sincera³⁹.

³³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso...*, cit., p. 311. Vid. asimismo, Id., «La universalidad de los derechos», en *Doxa*, 15/16 (1994), pp. 613-634. Hay que insistir sobre las diferencias existentes entre Peces-Barba y otros autores como C. S. Nino, pues para el primero la moralidad *a priori* se ha forjado a lo largo de la historia y no proviene del principio de autonomía. Saavedra, M., «La universalidad de los derechos humanos e un mundo complejo: igualdad moral y diferencias jurídicas», en AA.VV., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

³⁴ CALVO GONZÁLEZ, J., «Gheottización de la universalidad y el futuro de los derechos humanos», en *Derechos y Libertades*, 5 (1995), pp. 405-412.

³⁵ DE LUCAS, J., «Para un discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)», en *Derechos y Libertades*, 3 (1994), pp. 259-312.

³⁶ Vid. DE LUCAS, J., «Los límites de la universalización de los derechos en la crisis del Estado de Bienestar: dos supuestos de exclusión», en Theotonio, F. V./Prieto, (dir.), *Los derechos económicos-sociales y la crisis del Estado de Bienestar*, Etea, Córdoba, 1995, pp. 153-174.

³⁷ DE LUCAS, J., «Multiculturalismo y derechos», en AA.VV., *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 71.

³⁸ En este sentido, vid. CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. A. Pentimalli, Ariel, Barcelona, 1991.

³⁹ Estaríamos así ante un intento diferente de recuperar la exigencia de universalidad, como imprescindible desde el punto de vista ético y jurídico (respecto a los derechos humanos) y conciliarlas con una comprensión de la diferencia que, en lugar de subrayar la posibilidad de consenso pese a la diversidad, ponga el énfasis en que no hay consenso sino desde la diversidad. Desde el punto de vista del pluralismo cultural, ello comportaría el reconocimiento del carácter valioso de toda tradición cultural (como tal, aunque eso no signifique, en mi opinión, aceptar como valioso, y, menos aún, como no susceptible de discusión, todos y cada uno de los valores que propone), de forma que el diálogo intercultural parte de esa premisa, sin que ello impida, sino más bien que empuje hacia la «interpelación mutua de unas tradiciones por otras, donde no se escamoteen ni los presupuestos antropológicos, ni tampoco los méritos y/o responsabilidades históricas en ese campo; donde se haga posible, en fin, la autocrítica sincera de cada tradición en cuanto a su contribución al respeto y promoción de los derechos humanos», en DE LUCAS, J., «Para un discusión...», cit.

Los problemas de la universalidad de los derechos afectan de manera particular a los derechos sociales. Los críticos afirman que los derechos sociales no son derechos de todos, sino de determinados grupos o personas contextualizadas, que, en definitiva, no son derechos que puedan interesar a todo el mundo porque satisfacen necesidades específicas. Una posible respuesta a este problema es considerar que la universalidad ha de entenderse de manera diferente respecto a los derechos sociales. Peces-Barba sostiene que los derechos económicos, sociales y culturales no se basan en una universalidad *a priori* y una igualdad como equiparación, sino en una universalidad como punto de llegada e igualdad como diferenciación⁴⁰. Para Peces-Barba la universalidad de los derechos no puede suponer la generalización de los derechos a todos los individuos sino tan sólo a aquellos desfavorecidos. Esto es así porque la escasez de recursos impide que puedan reconocerse los derechos sociales a todos. Para este autor, la realidad de la escasez no es sólo la base para una concepción económica de la sociedad, ya que si al análisis económico se le añaden ingredientes éticos y políticos la escasez también es un punto de partida para justificar el derecho. Es decir, la escasez no tiene que ser vista desde la economía autista que prima la libertad de las cosas porque a su vez asegura la libertad de algunas personas. Por el contrario, el punto de partida de la escasez es un modo de fomentar el valor solidaridad o fraternidad que justifica la necesidad de cooperación y participación para garantizar la libertad a la mayoría de las personas, aun a costa de la servidumbre de las cosas⁴¹.

El tema de la escasez como argumento de la no universalidad actual de los derechos es una visión muy delicada y bastante criticada, puesto que es un modo de acentuar una imposible realización total de los derechos sociales. No está tan claro que se pueda negar la titularidad a quienes disponen de medios: «si el fundamento del título de derecho es la existencia de una necesidad, está claro que no»⁴². Quizás ello sea así porque la escasez es un argumento para defender un determinado tipo de organización política que distribuye los recursos de determinada manera subordinando los objetivos sociales que persiguen los derechos sociales. Por eso, se puede afirmar que las injusticias económicas no son la consecuencia de crisis económicas coyunturales, sino que son efecto de unas crisis estructurales y permanentes, esto es, son efecto del sistema socioeconómico dominante a escala

⁴⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 62. *Vid.* asimismo, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto», en *Derechos y Libertades*, 6 (1998), pp. 15-34.

⁴¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Escasez y derechos humanos», en Sauca, J. M.^a (ed.), *Problemas actuales de los derechos humanos*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1994, pp.193-213.

⁴² DE LUCAS, J., «Los límites de la universalización de los derechos», en *Los derechos económico-sociales y la crisis del Estado de Bienestar*, cit., p. 165.

mundial⁴³. La escasez como miseria de grandes masas sociales no es consecuencia de una ineficacia productiva, sino de una concepción de apropiación y distribución de bienes. De ahí la necesidad de promover una democracia económica a nivel mundial que favorezca realmente la solidaridad y el desarrollo, y asegure un mínimo de recursos necesarios, es decir, un derecho a la supervivencia⁴⁴. En definitiva, se trata de repensar íntegramente el sistema para que éste proteja de forma total la dignidad de todos.

2.2.b) EL CARÁCTER ABSOLUTO Y LA EFICACIA RELATIVA

En el sistema jurídico «el carácter limitado de los derechos es hoy una evidencia que no admite contestación alguna»⁴⁵. El mismo Tribunal Constitucional ha afirmado que ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado y absoluto⁴⁶. Esto no quiere decir que los límites de los derechos sean sólo límites jurídicos. De Asís ha dado una visión más amplia considerando restricciones de aproximación a los derechos, de su propio concepto, de su titularidad, de su ejercicio, de su significado, de su plasmación jurídica y, finalmente, de los sujetos obligados⁴⁷. Asimismo, Peces-Barba traza la distinción entre límites jurídicos y de hecho⁴⁸, y Fernández Segado diferencia entre límites intrínsecos y límites extrínsecos⁴⁹. Los límites jurídicos o intrínsecos derivan de la propia existencia social y de los derechos de los demás sujetos. Los límites de hecho o extrínsecos se refieren a la propia naturaleza de cada derecho, así como a situaciones sociales o económicas y función social.

⁴³ LÓPEZ CALERA, N., «Escasez y cambio de modelos», en J. M.^a Sauca, (ed.), *Problemas actuales*, cit., p. 266. Vid. asimismo, id., GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., «Derechos humanos y escasez: entre la economía y la moral», pp. 273-284.

⁴⁴ BARCELONA, P., «I diritti economici, sociali e culturali nell'ordinamento interno», en AGNATI, A., e altri, *Diritti economici, sociali e culturali nella prospettiva de un nuovo stato sociale*, CEDAM, Padova, 1990, pp. 19-29.

⁴⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La teoría jurídica de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39, 1993, p. 235. Vid. asimismo, AGUIAR LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14 (1993), p. 12; MARTÍN VALVERDE, A., «Los límites del derecho de huelga en la Administración pública», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 18 (1996), pp. 21-50; MARTÍN BOROWSKI, «La restricción de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 59 (2000), pp. 29-56; PRIETO SANCHÍS, L., «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», en *Derechos y Libertades*, 8 (2000), pp. 429-468.

⁴⁶ STC 11/1981, de 8 de abril, o STC 181/1990, de 15 de noviembre.

⁴⁷ DE ASÍS, R., «Sobre el límite de los derechos», en *Derechos y Libertades*, 3 (1994), pp. 111-120.

⁴⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso...*, cit., p. 588.

⁴⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, «Teoría jurídica de los derechos fundamentales», cit., p. 236.

Los límites *de facto* son los que han planteado más problemas en relación a los derechos sociales. En el panorama doctrinal se suele identificar la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales, y de los derechos fundamentales en general, con su efectiva protección jurídica, pero la eficacia depende de otros muchos factores políticos, jurídicos, sociales, económicos, culturales, sanitarios, tecnológicos, etc. Estas necesidades han llevado a las posturas liberales a defender que los derechos sociales admiten límites utilitaristas, es decir, pueden servir de moneda en el regateo político, con lo cual se abre un abismo jurídico y político entre ambos tipos de derechos⁵⁰. Tanto las posturas del liberalismo igualitario de Rawls o Dworkin, como las posturas neoliberales de Hayek, Buchanan o Nozick no consideran los derechos sociales como derechos frente a las mayorías ya que su carácter relativo y dependiente les hace mantener una posición subordinada a fines utilitaristas.

Es cierto que los derechos económicos, sociales y culturales necesitan de una organización política para desenvolverse y que, en principio, parecen estar más condicionados por los factores externos hasta el punto de tener contenidos diferentes atendiendo al nivel económico y el orden de prioridad de los derechos en cada país. Estas objeciones de los derechos sociales como derechos relativos no son, sin embargo, el único condicionamiento para su efectiva realización. Los derechos sociales pueden ser efectivos por varias razones. En primer lugar, ningún derecho puede ser garantizado de hecho de manera absoluta frente a eventuales violaciones, tanto oficiales como de particulares; en segundo lugar, la condición de suficiencia de los recursos materiales no es exclusiva de los derechos sociales; y, en tercer lugar, las condiciones económicas, sociales y culturales en la sociedad son condiciones modificables⁵¹. Parece ser, por tanto, que el motivo principal para justificar la gran condicionalidad a la que se someten los derechos sociales tiene sus raíces en una determinada visión ideológica de los mismos que concibe la organización política, social y económica de determinada manera. Pero los derechos sociales son auténticos derechos fundamentales garantizadores de exigencias derivadas de la dignidad humana, esto es, condiciones del propio ejercicio de la autonomía personal, entendida, no sólo como libertad negativa, sino también como libertad positiva. Por ello, no es razonable que el crecimiento de las necesidades, la escasez de recursos o la impotencia de la acción estatal puedan solucionarse a través de un recorte de las prestaciones, una rebaja del nivel de calidad o una reducción del número de beneficiarios, sino más bien mediante una reformulación del Estado social.

⁵⁰ BEA PÉREZ, E., «Los derechos sociales y el Estado de bienestar», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X (1993), p. 113.

⁵¹ RUIZ MIGUEL, A., «Derechos liberales y derechos sociales», en *Doxa*, 15/16 (1994), pp. 659-661.

Las propuestas en este sentido muestran la continuidad entre los principios de igualdad y solidaridad, el principio del Estado social y el principio democrático, entendiendo la solidaridad como «el principio que vendría a tratar de recomponer el vínculo social que los derechos de igualdad no han logrado tejer o han contribuido a descomponer»⁵². Se pide una mayor democratización de los diferentes sectores de la vida social en la que las necesidades elementales de los individuos no sean determinadas por acciones estatales, sino por la participación de los mismos individuos convertidos en verdaderos interlocutores. Otras propuestas van dirigidas a una renovada regulación (que no *desregulación* como proponen los sectores liberales) en sentido procedimental y organizativo para crear los que se califica de «Derecho reflexivo». Se intenta sustituir la intervención por una labor facilitadora en la que el Derecho regule procedimientos, mecanismos de toma de decisiones y formas de participación y organización que hagan posible la «autorregulación». Se trata de crear un marco formal flexible que, también influenciado por la propias necesidades elementales y la dinámica social, permita la creación de condiciones estructurales favorables al desarrollo de una «conciencia organizativa» que refleje el equilibrio entre función y actividad del sistema social, o también que potencie una nueva de criticismo o ciudadanía conflictiva.

3. UNA TEORÍA JURÍDICO-FORMAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Una vez analizada la fundamentalidad de los derechos sociales desde la teoría jurídico-material, se ha de pasar al análisis de estos derechos en tanto elementos insertados en un ordenamiento jurídico (en este caso, el español). En el intento por demostrar que los derechos sociales son derechos fundamentales, la teoría jurídico-formal se centra en la positivización, el concepto jurídico (estructuras y funciones) y las garantías de los derechos sociales.

3.1 La positivización

En la positivización de los derechos fundamentales se plantean varios tipos de problemas. Por una parte, los problemas en el ámbito técnico: en primer lugar, el tema de la imprecisión lingüística de los términos constitucionales, la ambigüedad, vaguedad y emotividad⁵³,

⁵² BEA PÉREZ, E., «Los derechos sociales y el Estado de bienestar», cit., p. 124.

⁵³ Este tema ha sido ampliamente tratada en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Génesis de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución española de 1978», en *Derecho y derechos fundamentales*, cit., pp. 179-200.

y, en segundo lugar, el tema del orden sistemático de los derechos fundamentales, esto es, la carencia de un catálogo jerarquizado de derechos que permita establecer las relaciones entre los mismos y la solución de los problemas que surjan de su colisión. Por otra parte y muy especialmente, destaca la cuestión de la positivización de los derechos fundamentales en diversos niveles normativos: la Constitución, la ley, el reglamento y la sentencia judicial.

De entre los niveles de positivización destaca la plasmación constitucional, puesto que dota a los derechos de una jerarquía superior y de la condición de *test* de validez material del resto de las normas del sistema jurídico⁵⁴. El hecho de que la Constitución haya introducido una pluralidad de reglamentaciones y medios de tutela y, sobre todo, haya marcado una escisión entre los derechos individuales, civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, ha llevado a muchos autores a sostener que los derechos individuales, civiles y políticos se hallan plenamente positivizados en la Constitución, mientras los derechos económicos, sociales y culturales tan sólo han podido ser recogidos programáticamente en la norma fundamental y adquieren verdadero carácter jurídico-positivo tras el desarrollo por vía legislativa⁵⁵. Esta defectuosa positivización y la fractura plasmada en el texto son fruto de una determinada visión de los derechos fundamentales basada en supuestos ideológicos que no pudieron erradicarse en la complicada transición española y en la elaboración del texto constitucional. Pero, pasado el tiempo, esta deficiente configuración del *status sociale* ha de ser considerada una laguna que exige ser colmada de acuerdo con el principio de plenitud⁵⁶ o, desde otra perspectiva, una falta que pone de manifiesto la necesidad de entender los derechos sociales como verdaderas reglas de reconocimiento que actúan funcionalmente en el sistema al ser incorporados en el texto constitucional⁵⁷. A estos efectos, cabe hoy una lectura más amplia de los artículos 9.2 y 10.1 y una reinterpretación de la Constitución, texto que literalmente hace referencia a «derechos» sociales (derecho al acceso de la cultura, derecho al medio ambiente, derecho a una vivienda digna) y que establece la inclusión en el ordenamiento de los textos internacionales (art. 96).

El tema de la positivización en diversos niveles y la supuesta dependencia legislativa de los derechos sociales refleja de manera especialmente intensa otro asunto: el conflicto entre constitucionalismo y democracia. El problema radica en la determinación del organis-

⁵⁴ PRIETO SANCHÍS, L., «El constitucionalismo de los derechos», en *Revista española de Derecho constitucional*, 71 (2004), pp. 47-72.

⁵⁵ *Vid.*, por ejemplo, CARMONA CUENCA, E., «Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica», en *Revista de Estudios Políticos*, 76 (1992), pp. 117-118.

⁵⁶ FERRAJOLI, L., «Diritti fondamentali», en *Teoria Politica*, 2 (1998), pp. 3-33.

⁵⁷ PALOMBELLA, L., «Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría», *cit.*, p. 542.

mo realmente competente (Tribunal Constitucional o Parlamento) para fijar el contenido y alcance de los derechos sociales⁵⁸. Como derechos fundamentales constitucionalizados la competencia debería ser del Tribunal Constitucional que es quien tiene la última palabra en las cuestiones constitucionales. Sin embargo, el hecho de que las prestaciones requieren organización, una red de servicios públicos y procedimientos y, sobre todo, gravosos recursos económicos que implican decisiones políticas por parte del Parlamento ha primado otra visión según la cual la intervención constitucional es una intromisión ilegítima en las políticas legislativas. No obstante, los derechos vienen a conformar un Estado constitucional donde la política encuentra límites sustanciales. En este sentido, tanto los derechos de libertad como los sociales son vínculos impuestos a la democracia política⁵⁹. Merced a todo esto, es necesario tomarse en serio los derechos sociales y reconocer que tienen un núcleo irreductible e indisponible por el legislador, y que, por tanto, sólo puede ser determinado por el Tribunal Constitucional sobre la guía de la «conciencia social» en un tiempo y lugar determinados⁶⁰. Lo que sí hay que evitar es el establecimiento de criterios concretos o porcentuales⁶¹. La solución puede estar en los llamados «derechos fundamentales sociales mínimos»⁶², derechos que no tienen porqué ser especialmente «caros» sino que son vinculantes *prima facie* y susceptibles de ser ponderados (algo común también a los derechos de libertad clásicos).

3.2 El concepto jurídico

En la tradición liberal los derechos se conceptualizan estructuralmente y no de manera funcional. Los liberales definen los derechos fundamentales en base a la estructura típica de los derechos individuales, civiles y políticos, lo que les permite excluir de la fundamentalidad a los derechos económicos, sociales y culturales. Actualmente, sin

⁵⁸ PISARELLO, G., «Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho», en CARBONELL, M., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma, México, 2000, pp. 113-137.

⁵⁹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 24. Esta afirmación no conlleva la aceptación de la denominación «democracia sustancial» propuesta por Ferrajoli, ya que los derechos no hacen más sustancial a la democracia entendida como principio de autogobierno, sino al contrario: la delimitación de lo indecible restringe precisamente este principio. Lo que hace más sustancial a la democracia es la mayor decisión en diversos temas, y no, por supuesto, la restricción de los mismos (PALOMBELLA, G., *L'autorità dei diritti*, cit.; BOVERO, M., *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2000)

⁶⁰ STC 37/1994.

⁶¹ CARRILLO, M., «La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la ley», en *Jueces para la democracia*, 36 (1999), p. 69.

⁶² ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.

embargo, la conceptualización meramente estructural de los derechos es criticada ya que las estructuras de los derechos (los principios, reglas y valores⁶³) no son fácilmente distinguibles. Por una parte, la distinción entre normas y principios no puede hacerse en un sentido fuerte tal y como pretenden Dworkin⁶⁴, Alexy⁶⁵ y, en España, Atienza y Ruiz Manero⁶⁶. Es decir, la mayor vaguedad, el menor peso, el carácter más abierto, son adjetivaciones muy amplias y difícilmente concretables (es imposible determinar, por ejemplo, cuánta vaguedad es necesaria para considerar una norma un principio). Lo que realmente importa para determinar la fundamentalidad de un derecho es la función que cumple tanto a nivel jurídico objetivo como a nivel jurídico subjetivo⁶⁷. Por tanto, los derechos sociales pueden articularse, según la función que pretendan ejercer, como principios y reglas y el hecho de que se hayan recogido principalmente como principios (y entre ellos como directrices) no significa que sea imposible su articulación como reglas. Por otra parte, se sostiene que tampoco existe una gran diferencia estructural entre valores y principios y a veces ni siquiera en contenido⁶⁸; aunque hay que reconocer que materialmente los valores y no siempre los principios van más allá de lo jurídico y suponen la conexión del Derecho con la moral, esto es, los sistemas actuales se conforman como sistemas abiertos a la moral y uno de los puntos de conexión son los valores⁶⁹.

⁶³ Los derechos fundamentales pueden configurarse como principios, reglas o valores [ABELLÁN, A. M., «En torno a la comparación y diferencia entre valores, principios y normas constitucionales», en *Revista vasca de Administración pública*, 48 (1997), pp. 253-261]. Como principios y reglas se está aludiendo a «estructuras» normativas en sentido estricto. La idea de valor, por su parte, adquiere un carácter ambivalente y aparece a veces como «estructura» y a veces como «estrategia de interpretación». Ahora bien, en cualquier caso, no es posible comparar reglas-principios con las llamadas instituciones que son técnicas propias de identificación⁶³; o, como diría Hart, reglas de reconocimiento o *test* de validez de normas (HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit.).

⁶⁴ Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1989.

⁶⁵ Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., y PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, cit.

⁶⁶ Vid. ATIENZA, M./RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

⁶⁷ PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, cit. Vid. también, GUASTINI, R., «Derechos: una contribución analítica (*Draft*)», en SAÚCA, J. M^a, *Problemas actuales...*, cit., pp. 127-141, y Comanducci, P.-Guastini, R. (a cura di), *Analisi e diritto: ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1999.

⁶⁸ PRIETO, L., «Los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, 11, 1984, pp. 83-90. Peces-Barba entiende que no hay diferencias estructurales, pero sí de contenido (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984), aunque en el *Curso de Derechos fundamentales*, cit., incluye los valores dentro de las normas-principio.

⁶⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, cit. Vid. asimismo, PRIETO SANCHÍS, L., «Los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el Tribunal Constitucional», cit., y SANTAMARÍA IBEAS, J. J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del TC: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, pról. de G. Peces-Barba, Dykinson, Madrid, 1997.

En definitiva, el concepto jurídico de derechos fundamentales viene determinado por la función de los derechos. Concretamente son dos las funciones: la objetiva y la subjetiva. Para el Tribunal Constitucional la vertiente subjetiva significa que los derechos son derechos subjetivos que legitiman el poder y dan acogida a las exigencias de dignidad humana⁷⁰; la objetiva, que los derechos son elementos esenciales, estructurales y básicos del sistema que conforman la base axiológica del mismo, que tiene que ver más con una vertiente política, esto es, servir de fundamento de legitimidad a un Estado que pasa a ser Estado social y democrático de Derecho. En el caso de los derechos sociales se tiende a predominar la dimensión objetiva sobre la subjetiva. Mientras las libertades operan principalmente como derechos subjetivos y tras una larga evolución se ha ido reconociendo su carácter objetivo, en los derechos sociales ha sucedido a la inversa, es decir, se desplegaron principalmente como exigencias objetivas y sólo posteriormente se han ido articulando como derechos subjetivos. No obstante, la articulación de los derechos sociales en derechos subjetivos es todavía hoy una cuestión muy discutida. La mayoría de los autores sostienen que los derechos sociales tienen valor normativo inmediato y directo ya que toda la Constitución lo tiene⁷¹, «pero su eficacia para engendrar derechos subjetivos correlativos de estas obligaciones depende de que el legislador pueda ser forzado a dictar estas leyes»⁷². Se plantean, entonces, dos problemas: por una parte, la caracterización de los derechos sociales como derechos algo más que prestacionales; por otra parte, la necesidad de intervención del legislador para fijar las garantías secundarias de estos derechos.

Se argumenta que los derechos individuales, civiles y políticos son *derechos negativos* asociados con deberes de omisión o prohibiciones a los poderes públicos, y los derechos económicos, sociales y culturales son *derechos positivos* vinculados con deberes de acción u obligaciones positivas de esos poderes públicos. Según esta teoría, por tanto, los derechos sociales se configuran como derechos de prestación, normalmente frente al Estado⁷³. Ello significa, en primer lugar, que, frente a los derechos individuales, civiles y políticos, los derechos sociales necesitan de una organización política, hasta ahora la conocida organi-

⁷⁰ DE ASÍS, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992.

⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo I y II*, Civitas, Madrid, 2002. Vid. también, SERRANO, J. L., «Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica», en *Revista de Estudios políticos*, 56 (1987), p. 95.

⁷² CARMONA CUENCA, E., «Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática», cit., p. 108.

⁷³ En ocasiones, también se pueden generar obligaciones positivas a cargo de los particulares (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 208. ASIMISMO BARRANCO AVILÉS, M. C., *Teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., pp. 339-348).

zación estatal (son *derechos específicos* que se tienen en virtud de los lazos institucionales o de actos involuntarios, y se distinguen de los *derechos genéricos* que se tienen *qua* personas). 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, puesto que su 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. En segundo lugar, los derechos sociales necesitan del Estado porque éste tiene ciertas obligaciones no ya de «abstención u omisión», como ocurría con los derechos individuales o civiles, sino de carácter positivo, de «dar o hacer». Esto se ha entendido por muchos como una forma de dependencia del individuo hacia al Estado que limita el carácter de la ciudadanía, especialmente de aquellos ya desaventajados⁷⁴. Ahora bien, aunque es cierto que los derechos sociales demandan sobre todo acciones positivas, cabe hacer varias puntualizaciones. En principio se ha de distinguir entre derechos de prestación en sentido amplio (que requieren una acción positiva normativa) y derechos de prestación en sentido estricto (que necesitan de acciones positivas fácticas basadas en normas jurídicas)⁷⁵. Estas últimas son el objeto de los derechos sociales fundamentales. Pero es que, además, no todos los derechos económicos, sociales y culturales son derechos de prestación en sentido estricto. Por ejemplo, el derecho de huelga o la libertad sindical o también la limitación de jornada, salario mínimo, etc., son derechos que requieren de cierta intervención pública, pero no son propiamente prestaciones en el sentido fáctico. Por otro lado, se ha de afirmar que no todos los derechos de prestación en sentido estricto se reducen a los económicos, sociales y culturales. Por ejemplo, el derecho a una asistencia letrada necesita de una acción positiva fáctica para que se pueda satisfacer. En definitiva, si se interpreta la prestación en sentido amplio se ha de señalar que no existe separación estricta entre los derechos individuales, civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. 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. Es posible afirmar, por tanto, que las diferen-

⁷⁴ VALENTINI, C., «Diritti sociali e repubblicanesimo negli Statu Uniti. L'analisi di Cass R. Sunstein», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIII, 1 (2003), p. 178.

⁷⁵ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. *Vid.* asimismo, SASTRE ARIZA, S., «Hacia una teoría exigente de derechos sociales», cit., pp. 256-257.

cias entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales son diferencias de grado⁷⁶. Todos los derechos implican siempre una intervención por parte de los poderes públicos y no existe ningún derecho que tenga realmente «coste cero». Además, no existe derecho que pueda ser garantizado al cien por cien, esto es, los derechos en general vienen tutelados sólo hasta cierto punto por la intervención/abstención de los poderes públicos, algo que no depende sólo de la posibilidad de financiarlos⁷⁷. En definitiva, los derechos sociales refuerzan la colaboración y contribuyen al mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos, por lo que no se deberían dejar al albedrío de las cuestiones políticas⁷⁸. El hecho de que sean costosos no es más que un falso problema desde el momento en que los problemas financieros son un elemento característico de todos los derechos⁷⁹.

La dimensión subjetiva de los derechos sociales plantea un segundo problema: la ausencia de garantías secundarias. La exigencia de desarrollo legislativo no vacía de contenido constitucional a los derechos sociales y ni siquiera impide la vertiente subjetiva de los mismos⁸⁰. En primer lugar, la articulación de instrumentos procesales de los que pueda hacer uso el titular para hacer valer su derechos ante la jurisdicción ordinaria necesita de la intervención del legislador, la libertad de configuración del legislador ha de relativizarse ya que si la libertad se traduce en una ausente, insuficiente o defectuosa regulación el Tribunal Constitucional puede suplir esa circunstancia. En segundo lugar, el desarrollo legislativo resulta imprescindible también en otros muchos derechos fundamentales. Así, aunque directamente estos derechos aparezcan con restricciones, el hecho de que tengan que informar el ordenamiento jurídico supone que puedan ser objeto de interpretación por los tribunales ordinarios y, también, justiciables ante el Tribunal Constitucional no sólo a través del recurso y cuestión de inconstitucionalidad sino incluso mediante el recurso de amparo. Este último caso resulta posible cuando ya se ha llevado a cabo el desarrollo legislativo correspondiente y su contenido ha sido delimitado, pero siempre y cuando se invoque alguno de los derechos susceptibles de amparo, «que en este caso deberá ser interpretado a la luz de la exigencia prestacional»⁸¹. En el siguiente apartado se incide

⁷⁶ ABRAMOVICH, V./COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 24-25. Vid. asimismo, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, CH., «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales», en *Contextos. Revista crítica de derecho social*, 1 (1997), pp. 3-55; y CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 17-21.

⁷⁷ VALENTINI, C., «Diritti sociali e repubblicanesimo negli Stati Uniti. L'analisi di Cass R. Sunstein», cit., pp. 186-187.

⁷⁸ GOMES CANOLTILHO, J. J., «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1 (1988), p. 255.

⁷⁹ GAMBINO, S., «Derechos fundamentales y formas de Estado: reflexiones comparadas sobre el constitucionalismo y los derechos sociales en los albores del siglo XXI», en *Revista de Estudios Políticos*, 117 (2002), p. 17.

⁸⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, cit.

⁸¹ *Ibidem*, p. 106.

especialmente sobre el tema de las garantías de los derechos sociales, ya que la necesidad de un avance en la interpretación de la Constitución o, incluso, la reforma de ciertos aspectos que han quedado desfasados respecto a los derechos sociales demuestra que «una Constitución funcional tiene que alcanzar cotas de cumplimiento cada vez más altas, hasta la plenitud, en cuyo momento deberá posiblemente ser sustituida por otra más avanzada»⁸². Los derechos sociales son derechos fundamentales y como tales cumplen una serie de funciones objetivas y subjetivas que tienen que ser garantizadas.

3.3 Las garantías: la reinterpretación y los nuevos conceptos en torno a la noción de derechos sociales

La crítica tradicional realizada desde posturas iusnaturalistas es que el positivismo confunde entre derechos y técnicas de protección, o, lo que es lo mismo, entre derechos y garantías. Independientemente de esta polémica que aboga por la necesidad de completar la laguna causada por la ausencia de garantías secundarias de los derechos sociales, o por la necesidad de fomentar no las garantías sino su consideración de *test* de validez del resto de las normas jurídicas⁸³, es necesario reconocer que la reivindicación de las garantías secundarias es una forma de favorecer una mayor protección de los derechos, sobre todo, porque todavía se defiende que la fundamentalidad viene relacionada con una especial fuerza o resistencia de los derechos frente a las decisiones de los órganos públicos, esto es, que tienen un mayor grado de protección (lo que justifica, además, establecer un determinado catálogo de derechos⁸⁴). Los defectos de las garantías a nivel nacional e internacional se

⁸² BARRADA, A., «Los derechos de seguridad social en la Constitución española de 1978», en *Revista de la Seguridad Social*, 2 (1979), p. 37.

⁸³ Teorías positivistas recientes han justificado la separación entre derechos y garantías. Una de las más seguidas es la de Ferrajoli, que distingue entre garantías primarias (obligaciones y prohibiciones) partes del derecho y garantías secundarias (posibilidad de acción procesal) que no forman parte del mismo [FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantero Bandrés, Trotta, 1989, y «Garanzie», en *Parolechiave*, 19 (1999), pp. 15-32]. La crítica que se le puede dirigir es que el principio de plenitud se trata de un principio prescriptivo lógico-formal dirigido al legislador que no implica una obligación jurídica (PALOMBELLA, G., *L'autorità dei diritti*, cit., p. 22). Por ello, la separación entre derechos y garantías se justifica a través de una teoría funcional de los derechos acorde con la concepción clásica de Kelsen según la cual éstos son fundamentales porque son reglas de reconocimiento de otras reglas. Es decir, los derechos tengan o no garantías existen en cuanto son criterios de validez sustancial del resto de las normas de un sistema jurídico (PALOMBELLA, G., *L'autorità dei diritti*, cit., p. 28. Vid. asimismo PANNARALE, L., *Giustiziabilità dei diritti. Per un catalogo dei diritti umani*, Franco Angeli, Milano, 2002).

⁸⁴ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 97, y «El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española», en *Anuario de Derechos Humanos*, 2 (1983), pp. 367 ss. En la Constitución española de 1978 el artículo 53 da lugar a tres niveles de resistencia.

han intentado salvar mediante, por una parte, la reinterpretación de las garantías actualmente plasmadas y, por otra, mediante nuevas concepciones de la noción de los derechos fundamentales.

Entre los intentos de reconstrucción de las garantías de los derechos sociales destaca el realizado por Abramovich y Courtis. Estos autores diferencian entre una exigibilidad directa y una exigibilidad indirecta⁸⁵. La *exigibilidad directa* permite hablar de dos tipos de garantías: las garantías normativas y las garantías jurisdiccionales. Las primeras suponen un mejor reconocimiento de los derechos tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Las segundas tienen que ver con la justiciabilidad de los derechos, esto es, con la posibilidad de reclamación ante los tribunales. En la reclamación se deben distinguir las obligaciones negativas y las obligaciones positivas generadas por los derechos sociales. En el primer caso, la naturaleza de las obligaciones permite el uso de las acciones tradicionales. En el segundo caso, las obligaciones positivas del Estado, esto es, omisiones en la realización de acciones o toma de medidas de protección, aseguramiento y promoción de los derechos en cuestión, pueden presentar mayores dificultades, quizás por el problema ya apuntado del choque entre poder judicial y legislativo. En estos casos es posible alegar la discriminación en la satisfacción del derecho o alegar la vinculación entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos individuales, civiles y políticos. En cualquier caso es importante establecer mecanismos de debate y diálogo que recuerden las obligaciones a los poderes públicos y que concierne a los afectados de que son víctimas de una violación que se puede reclamar. La *exigibilidad indirecta* permite acudir a la discriminación y al principio de igualdad que efectivamente puede afectar a todos los derechos; alegar el derecho a la tutela judicial efectiva o debido proceso, o también a los derechos sociales protegidos a través de derechos civiles (ya que algunos de ellos han sido reinterpretados en clave social), y al derecho social como límite o restricción a un derecho civil (así en caso del derecho a la propiedad o libertad de comercio); o acudir a derechos sociales tutelados de forma más fuerte para proteger derechos sociales menos protegidos (de protección más fuerte son, por ejemplo, los derechos del consumidor). En conclusión, existe la posibilidad de justiciabilidad de los derechos sociales y el aumento en las reclamaciones y la resolución de casos a favor puede ayudar a crear precedentes y a reformular los derechos económicos, sociales y culturales afirmando su indiscutible fundamentalidad.

A parte de reinterpretar las garantías de los derechos sociales es necesario fomentar nuevas concepciones de los derechos fundamentales. La

Vid. también GARCÍA MORILLO, J., *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

⁸⁵ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit. Vid. asimismo AÑÓN ROIG, M. J. y GARCÍA AÑÓN, J., *Lecciones de derechos sociales*, cit.

Carta Europea de los Derechos Humanos revoluciona el panorama de los derechos fundamentales y es de obligada mención como contribución creativa de la concepción y protección de los derechos fundamentales, especialmente porque recoge un catálogo escrito de derechos que no paraliza la vitalidad de los contenidos y que promueve un método dialógico o reflexivo entre los Estados nacionales europeos y la Unión⁸⁶ y porque tiene una clara orientación axiológica que fundamenta la Unión y que crea un nuevo sistema de clasificación de los derechos que difiere del generacional. La Carta aúna los derechos fundamentales en ella reconocidos en torno a esa serie de valores básicos comunes⁸⁷, sin distinción entre derechos de libertad y derechos sociales⁸⁸. La división viene a ser la siguiente: dignidad, libertad e igualdad (derechos de libertad e igualdad), justicia (derechos procesales), ciudadanía (derechos de ciudadanía) y solidaridad (derechos económicos y sociales).

Pero la Carta adolece también de importantes defectos⁸⁹. En primer lugar, existen algunas confusiones en el tratamiento de los valores. La dignidad no debe ser considerada como un derecho específico que poseen los titulares sino como base o fundamento de todos los derechos fundamentales⁹⁰. La igualdad no puede reducirse a su dimensión formal, puesto que todos los derechos son derechos de igualdad. La solidaridad se confunde con la dimensión social o material de la igualdad y se asocia con los derechos sociales en vez de ser una garantía humanitaria universal mínima (bajo el rótulo de la igualdad no se recogen todos los derechos que promueven la igualación en las condiciones materiales de vida, sino que muchos están bajo la rúbrica de la solidaridad⁹¹). Otras críticas se centran en la preexistencia del respeto a las exigencias de la competitividad económica. Por ejemplo, la propiedad se sigue considerando un derecho fundamental de todos, mientras los beneficiarios de

⁸⁶ BIFILCO, R./ CARTABIA, M./CELOTTO, A., *L'europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea*, Il Mulino, Bologna, p. 22.

⁸⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., «La Carta de Niza y la Europa de los ciudadanos. Apos-tillas a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en *Derechos y Libertades*, 11 (2002), p. 57. Vid. asimismo FERRARI, G. F., «I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali», en Id., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 43-44; SALAZAR, C., «I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea: un viaggio al termine della notte», en FERRARI, G. F., *op. cit.*, p. 245; LOIODICE, A., «La Carta di Nizza quale parámetro assiologico», en Id., *op. cit.*, pp. 211-216.

⁸⁸ WEBER, A., «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», COMBA, M. E., *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Edizioni di Comunita, Torino, 2002, p. 84. Vid. también PEREIRA DA SILVA, J., «Alcune note sui diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3 (2002), pp. 1120-1129.

⁸⁹ GARCÍA MANRIQUE, R., «Los derechos de la Carta Europea de derechos», en *Derechos y Libertades*, 11 (2002), pp. 377-380.

⁹⁰ Vid. a este respecto, BAROLOMEI, F., *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1987, pp. 18-20.

⁹¹ AZZARITI, G., «Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza», en Siclari, M (a cura di), *op. cit.*, pp. 61-80.

los derechos sociales se limitan a aquellos en condiciones de marginalidad social y económica⁹². A esto se une que los elementos que definen los objetivos sociales en el artículo 137 y siguientes no configuran un deber inmediato sino que reenvían al derecho comunitario y las leyes nacionales (la única excepción es el artículo 141 relativo la igualdad de oportunidades entre los sexos)⁹³.

El mayor de los defectos es que los derechos de ciudadanía quedan reducidos a la condición de pertenencia a la Unión, con lo que no se han superado los obstáculos tradicionales de la ciudadanía. Se presenta, entonces, el problema de la articulación de una nueva ciudadanía que evite la tradicional exclusión respecto a los extranjeros que no pertenezcan a un Estado. El fenómeno de la globalización permite la articulación de nuevo paradigma que abra las fronteras⁹⁴ y muestre la heterogeneidad en el interno de los territorios⁹⁵, reconozca la diferencia como un derecho y el diálogo como mecanismo de convivencia⁹⁶. Además, la nueva concepción tiene que acabar con los fenómenos de exclusión en el interior del propio Estado nacional generados por los movimientos de inmigración y fruto de la asociación entre ciudadanía y trabajo. Este fenómeno hace que el extranjero trabajador adquiera un estatus ciudadano debilitado que no le permite ejercitar todos los

⁹² PEZZINI, B., *op. cit.*, pp. 184-187.

⁹³ SALAZAR, C., «I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea: un "viaggio al termine della notte"», en FERRARI, G. F., *op.cit.*, p. 248, y TROICO, S., «I possibili contrasti tra i diversi livelli di protezione dei diritti fondamentali in Europa: a chi spetta l'ultima parola?», en *Id.*, pp. 269-275.

⁹⁴ La «ciudadanía cosmopolita» pone de manifiesto que otra globalización es posible [Vid monográfico de «Globalizzazione», *Democrazia e diritto* 4 (2003); y el monográfico «Movimenti d'Europa», *Derive Approdi*, 22 (2001); FARIÑAS DULCE, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, cit., pp. 16-17; BALIBAR, E., *I diritti del popolo mondo*, Manifestolibri, Roma, 2003; CARLONI, S., «La cittadinanza tra universalismo dei diritti e sovranità degli Stati», en *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 2 (1999), pp. 353-358; y BRU PURÓN, C. M., *La ciudadanía europea*, Sistema, Madrid, 1994].

⁹⁵ «Los "diferentes" ya no sólo se encuentran fuera, sino también "dentro"» [FARIÑAS DULCE, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, cit., p. 38; LA TORRE, M., «Cittadinanza e nazionalità. Identità o differenza», en *Sociologia del diritto*, 3 (2001), pp. 81-111; AÑÓN, M. J., «Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías», en DE LUCAS, J., (dir.), *Derechos de las minorías en la sociedad multicultural*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, CGPJ, Madrid, 1998, pp. 43-118, y «El test de inclusión: los derechos sociales», en Antón, A. (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Talasa, Madrid, pp. 148-191].

⁹⁶ Vid FARIÑAS DULCE, M. J., «Ciudadanía universal versus ciudadanía fragmentada», en *Sociologia del diritto*, 3 (2001), pp. 10-13; LA TORRE, M., «Cittadinanza europea e ideologia italiana. Per la critica del realismo politico», en *Sociologia del diritto*, 3 (1998), pp. 56-57; RUBIO CARRECEDO, J., «Ciudadanía compleja y democracia», en RUBIO CARRECEDO, J./ROSALES, J. M./TOSCANO MÉNDEZ, M., *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 21-45; JABBAR, A./CONARDI, N., «Immigrazione e rapporti interculturali. I diritti umani fra enunciazioni e prassi», en TUGNOLI, C., *Tra il dire e il fare. L'educazione alla prassi dei diritti umani*, FrancoAngeli, Milano, 2000, pp. 136-158; PARIOTTI, E., «Multiculturalismo, globalizzazione e universalità dei diritti umani», en *Ragion pratica*, 16 (2001), pp. 63-85; BALIBAR, E., *Le frontiere della democrazia*, Manifestolibri, Roma, 1993, *passim*.

derechos (es un «subciudadano») y el ciudadano que no encuentra trabajo considere su situación un privilegio.

Para erradicar ambas exclusiones se ha de diferenciar, por un lado, ciudadanía y nacionalidad-pertenencia, y, por otro, acabar con todas las fuentes de exclusión (el mercado, el mérito, la necesidad). En definitiva, se ha de actuar en los dos frentes de exclusión: el que se refiere a los de fuera y el que se produce también desde dentro. Respecto de los fuera, porque el conflicto ya no se mira ni siquiera en términos laborales o económicos, sino de «seguridad nacional» u «orden público» en un intento de hacer política con la inmigración⁹⁷. En cuanto a los segundos, porque el proceso de vulnerabilidad de ciertos colectivos, cuyo origen está principalmente en la precarización del trabajo hace que la ciudadanía aparezca como un privilegio, no ya derecho, que viene a centrar el problema en aquellos que se supone pueden privarnos de ella dado que amenazan la pretendida homogeneidad social. Todo esto crea un ambiente hostil, de xenofobia y racismo que margina aún más a los inmigrantes y fomenta las mafias y la delincuencia. Además, la ciudadanía ha de incorporar las tres dimensiones tradicionales, incluida la social. Los derechos sociales no suponen, como defienden las tesis de los críticos conservadores, la dependencia pasiva del Estado y la reducción de la responsabilidad ciudadana, sino que son elementos esenciales para la garantía de la autonomía personal, mínimos materiales para una vida digna sobre cuya base se articulan el resto de los derechos. Los derechos sociales son condición indispensable para la responsabilidad y actividad ciudadana⁹⁸. Se debe promover, por tanto, una ciudadanía social integrada por una serie de derechos que tienen una eficacia desmercantilizadora⁹⁹. Sólo al reducir la dependencia del individuo del mercado se ahonda en su libertad real¹⁰⁰. Se deben promover una ciudadanía de los derechos y una ciudadanía política a modo de integración de ambas estrategias. En este sentido, adquiere una relevancia especial el fenómeno asociativo¹⁰¹. Se trata de un «reaprendizaje de la experiencia de la ciudadanía que permite civilizar de nuevo el ámbito de lo polí-

⁹⁷ DE LUCAS, J., «Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración», en Fernández Sola, N./ Calvo García, M. (coords.), *Inmigración y derechos*, Mira, Zaragoza, 2001, pp. 33-59.

⁹⁸ ZAPATA, R., «La responsabilidad ciudadana como fundamento de los derechos sociales: una cuestión polivalente», en *Revista de Estudios Políticos*, 94 (1996), pp. 147-170.

⁹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., «La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de *desmercantilización*», cit., p. 17.

¹⁰⁰ LA TORRE, M., «Cittadinanza e diritti sociali: una prospettiva europea», en *Inchiesta*, 28/120 (1998), pp. 73-80.

¹⁰¹ ROSALES, J. M., «Del altruismo espontáneo a la solidaridad organizada», en RUBIO CARRACEDO, J./ROSALES, J. M./TOSCANO MÉNDEZ, M., *Educar para la ciudadanía: perspectivas ético-políticas*, *Contrastes. Revista Interdisciplinar de Filosofía*, suplemento 8, 2003, pp. 281-227. Vid. asimismo PAPISCA, A., «I diritti economici, sociali e culturali nel sistema delle relazioni internazionali», en AGNATI, A. E ALTRI, *Diritti economici, sociali e culturali nella prospettiva di un nuovo stato sociale*, op. cit., pp. 30-53.

tico»¹⁰². En definitiva, la globalización conlleva una nueva capacidad de darse instituciones no sobre la base de una racionalidad abstracta y metafísica (no a través de un Estado que reconoce y descentraliza), sino moviendo a los ciudadanos para darse reglas de convivencia y reconocerse recíprocamente como ciudadanos¹⁰³.

Para finalizar, es importante advertir que la Constitución europea podía haber sido una oportunidad de unión y renovación político-jurídica. La inclusión de la Carta en la Constitución europea fue un acierto¹⁰⁴ ya que el reconocimiento de los derechos fundamentales es un presupuesto ineludible de toda verdadera unidad política, porque, en primer lugar, sin derechos fundamentales no hay Constitución y, en segundo lugar, porque los derechos son los instrumentos justificadores del orden institucional¹⁰⁵. Pero la inclusión de la Carta no ha conseguido resultados distintos al resto de Cartas y tratados¹⁰⁶, especialmente en lo que concierne a los derechos sociales fundamentales que podían haber sido considerados derechos constitucionalizados no dependientes de las políticas llevadas a cabo en la Unión. En definitiva, la Constitución no promueve políticas públicas renovadas y la creación de nuevas garantías¹⁰⁷ y ofrece únicamente un constitucionalismo débil o debilitado muy alejado del proyecto de Estado social¹⁰⁸. Su déficit democrático no ha paralizado la hegemonía de los poderes económicos en un mundo globalizado¹⁰⁹.

¹⁰² ROSALES, J. M., *Política cívica. La experiencia de la ciudadanía en la democracia liberal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 252-253. Vid. también, CALVO GONZÁLEZ, J., «Doce preludios a la filosofía jurídico y política del siglo XXI», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII (2000), pp. 419-438.

¹⁰³ BARCELLONA, P., *Le passioni negatte. Globalismo e diritti umani*, Città Aperta, Troina, 2001, p. 144.

¹⁰⁴ GARCÍA ROCA, J., «Originario y derivada en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad», en *Revista de Estudios Políticos*, 119 (2003), p. 170.

¹⁰⁵ MONEREO PÉREZ, J. L./ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «El proyecto constitucional de la Unión Europea. Especial referencia al tratamiento de la exclusión social», en *Tribunal social. Revista de Seguridad social y laboral*, 161 (2004), pp. 15-31.

¹⁰⁶ Posibilidad puesta de manifiesto por ALONSO GARCÍA, R., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Gaceta Jurídica. Editorial*, 209 (2000), p. 10. Vid. también, RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, p. 229, y FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

¹⁰⁷ Esta necesidad la manifiestan PIETERS, D., «Qualitative European Social Security Legislation», en AA.VV., *The Social Quality of Europe*, La Haya, 1997, pp. 69 ss.; TREU, T., «Diritti sociali europei: dove siamo», en *Lavoro e diritto*, (2000), p. 447.

¹⁰⁸ MONEREO PÉREZ, J. L./ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., cit., p. 24. Vid. también HERREIRA FLORES, J., «Las lagunas de la ideología liberal: el caso de la Constitución europea», en Zapatero, V. (coord.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, I, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 2002, pp. 367 ss.

¹⁰⁹ HELD, D., *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, trad. de S. Mazzuca, Paidós, Barcelona, 1998. Vid. asimismo HANSENNE, M., «The European Social Model and Globalization of the economy», en AA.VV., *Labour Law and Industrial Relations at the Turn of The Century. Liber Aicorum in Honour of R. Blanpain*, Kluwer, The Hague-London-Boston, 1998, pp. 192 ss.