

SILVINA RIBOTTA
ANDRÉS ROSSETTI
(Editores)

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL SIGLO XXI. UN DESAFÍO CLAVE PARA EL DERECHO Y LA JUSTICIA



Instituto de Derechos Humanos
"Bartolomé de las Casas"
Universidad Carlos III de Madrid

HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010

Debates del Instituto Bartolomé de las Casas n° 13

Dykinson, S.L.

SILVINA RIBOTTA Y ANDRÉS ROSSETTI
(Editores)

**LOS DERECHOS SOCIALES EN EL
SIGLO XXI. UN DESAFÍO CLAVE
PARA EL DERECHO Y LA JUSTICIA**

SILVINA RIBOTTA Y ANDRÉS ROSSETTI
(Editores)

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL SIGLO XXI. UN DESAFÍO CLAVE PARA EL DERECHO Y LA JUSTICIA

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ
FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
RAFAEL DE ASÍS ROIG
CARLOS LEMA AÑÓN
ANDRÉS ROSSETTI
ERNESTO ABRIL
MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS
HUGO OMAR SELEME
NORA BRITOS
MAGDALENA INÉS ÁLVAREZ
M^a ÁNGELES BENGOCHEA GIL
SILVINA RIBOTTA
CLAUDIO E. GUIÑAZÚ
RUBÉN CARO
JOSÉ LUIS REY PÉREZ
ANTONIO PELÉ
HORACIO JAVIER ETCHICHURY
IVANA PICCARDO



**Instituto de Derechos Humanos
“Bartolomé de las Casas”
Universidad Carlos III de Madrid**

HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010

DYKINSON 2010

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Copyright by
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
Madrid, 2010

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

Consejo editorial véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-xxxx-xxx-x
Depósito Legal: xx-xxx-2010

Maquetación:
BALAGUER VALDIVIA, S.L.
gbalaguer@telefonica.net

Impresión:

ÍNDICE

<i>Prefacio</i>	11
-----------------------	----

SILVINA RIBOTTA Y ANDRÉS ROSSETTI

PARTE I. SOBRE EL CONCEPTO, EL FUNDAMENTO Y LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

<i>Apuntes políticos y jurídicos sobre los derechos sociales</i>	21
--	----

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ

<i>Argumentos para una teoría de los derechos sociales</i>	41
--	----

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

<i>Sobre la interpretación de los derechos sociales</i>	63
---	----

RAFAEL DE ASÍS ROIG

<i>La disputada universalidad de los derechos sociales. Entre asistencialismo y desmercantilización</i>	77
---	----

CARLOS LEMA AÑÓN

<i>Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales</i> ...	101
---	-----

ANDRÉS ROSSETTI

PARTE II. SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES, EL ESTADO Y LA JUSTICIA

<i>La tutela de los derechos sociales y su relación conceptual con las nociones de estado y ciudadanía</i>	129
--	-----

ERNESTO ABRIL

<i>Exigibilidad de los derechos sociales y democracia</i>	149
---	-----

M^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

<i>Derechos sociales y legitimidad política</i>	173
---	-----

HUGO OMAR SELEME

‘

<i>Garantías no institucionales’ y exigencia de derechos sociales</i>	187
---	-----

NORA BRITOS

PARTE III. IGUALDAD, DISTRIBUCIÓN Y DERECHOS SOCIALES

<i>Proyecciones del principio de igualdad sobre los derechos económicos, sociales y culturales</i>	213
--	-----

MAGDALENA INÉS ÁLVAREZ

<i>La igualdad como fundamento e instrumento para articular los derechos sociales</i>	237
---	-----

M^a ÁNGELES BENGOCHEA GIL

<i>Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿igualdad o prioridad?</i>	263
--	-----

SILVINA RIBOTTA

PARTE IV. DERECHOS SOCIALES, GRUPOS VULNERABLES Y DESAFÍOS ACTUALES DE EXIGIBILIDAD

<i>Vulnerabilidad y derechos sociales. Una aproximación desde la bioética..</i>	297
---	-----

CLAUDIO E. GUIÑAZÚ

<i>Del status al contrato: el workfare frente a los derechos sociales</i>	325
RUBÉN CARO	
<i>El derecho al trabajo en tiempos de crisis.....</i>	337
JOSÉ LUIS REY PÉREZ	
<i>Conflictividad laboral y exigibilidad de los derechos sociales y económicos en Francia.....</i>	355
ANTONIO PELÉ	
<i>Razón y recursos. Sentencias sobre acceso a drogas contra el sida en Argentina y Sudáfrica</i>	377
HORACIO JAVIER ETCHICHURY	
<i>La práctica argumentativa de la corte suprema argentina y su impacto en la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales</i>	401
IVANA PICCARDO	
<i>Reseña biográfica de los autores</i>	425

LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTO E INSTRUMENTO PARA ARTICULAR LOS DERECHOS SOCIALES

M^a ÁNGELES BENGOCHEA GIL
Universidad Carlos III de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo partimos de situar la igualdad como el objetivo y fundamento o razón de ser de los derechos sociales, que surgen como exigencias objetivas de la idea del Estado Social.

Esta afirmación tan contundente y a priori comprometida, necesita ser matizada, porque al incluir en nuestro planteamiento al Estado Social, necesariamente no se puede considerar suficiente cualquier exigencia de igualdad, sino que hay que optar por la igualdad real, que supone un compromiso mayor que la igualdad formal y posibilita exigir al Estado su efectivo cumplimiento¹. En este sentido, como veremos en estas páginas la finalidad es equilibrar las situaciones de disparidad para garantizar estándares mínimos de vida, satisfacer necesidades básicas, y a su vez compensar desigualdades y erradicar discriminaciones.

Y puede ocurrir que la situación de necesidad o de discriminación en la que se encuentre un individuo o grupo, requiera de una concreta actuación pública para conseguir el ejercicio efectivo de la igualdad real,

¹ *Vid.* ARAGÓN, M., “Los problemas del Estado social”, *Sistema*, nº 118-119, 1994, donde se afirma que el Estado Social implica “la asunción de nuevas tareas, que no vienen tampoco a sustituir a las antiguas (seguridad, orden público, defensa, etc.), sino a completarlas. Estas nuevas tareas son las relativas a procurar una mayor igualdad social y, por ello, a proteger a los sectores sociales menos favorecidos” en p. 24.

en definitiva de los derechos sociales, tales como la salud, la educación, la vivienda, el trabajo, o la protección social. Y esa intervención estatal, en algún caso, puede concretarse en la articulación de políticas de igualdad, tratamientos diferenciados tales como las *acciones afirmativas* y las *discriminaciones inversas*.

Pero, tal y como desarrollaremos, aunque existan dificultades para la articulación de los derechos sociales, eso no se traduce en que no puedan ser considerados auténticos derechos. Hay razones suficientes para considerarlos exigibles y justiciables. Y precisamente uno de los instrumentos para conseguir su ejercicio y garantía se sitúa en su propia fundamentación: la igualdad.

II. LA EXIGENCIA DE IGUALDAD COMO FUNDAMENTO DE DERECHOS SOCIALES

No olvidemos que la lucha por la igualdad comienza a través de su dimensión de igualdad formal, que en un primer momento se limitaba a exigir imparcialidad sin poder impedir numerosas distinciones entre los sometidos ella².

Es decir, la igualdad formal se vinculaba sin ningún problema a los postulados del Estado liberal clásico, donde se trataba al individuo de una manera abstracta. Esta idea abstracta de igualdad formal se confunde realmente con la exigencia de generalidad de la ley, que no permite formular pretensión alguna frente al Estado, que se convierte en mero garante de la consagración legal de la igualdad sin comprometerse a su efectivo cumplimiento³.

Esta dimensión de igualdad formal, poco a poco adquiere contenido y se convierte en la *igualdad ante la ley*, en la aplicación de la ley, que sirve como límite a los órganos aplicadores del Derecho, es decir, a la Administración y los tribunales, para que su actuación no sea arbitraria. Será posteriormente con el principio de *igualdad en la ley* cuando se

² HOBBS, T., *Leviatán*, ed. preparada por C. Moya y A. Escotado, Editora Nacional, Madrid, 1979, donde se afirma que “lo importante no es que los hombres sean iguales, sino que se reconozcan como tales en la forma jurídica y así evitar la simetría trágica y destructiva que conduce a la aniquilación, a la guerra de todos contra todos”, en p. 223.

³ DÍAZ, E. “El Estado Democrático de Derecho en la Constitución Española de 1978”, *Sistema*, nº 41, pp. 45 y 46.

exige que bajo la exigencia de un tratamiento diferenciador de situaciones diferenciables, se controle la labor legislativa que hasta el momento sólo se sometía a manifestar la voluntad del pueblo a través de la ley. El contenido de la ley debe respetar también la igualdad.

Pero finalmente las reivindicaciones en torno a la exigencia de igualdad consiguen generar una nueva dimensión: la igualdad material o real. Mientras la igualdad formal demanda relaciones de igualdad en el contenido y aplicación de la ley, la igualdad material lo hará en el ámbito económico y social.

Para Bobbio está claro que la igualdad de hecho o igualdad material se traduce en “la igualdad respecto de los bienes materiales, o igualdad económica”⁴. Adviértase que tal y como señala el profesor Peces-Barba, la igualdad formal es un “principio o directiva genérica concerniente a cómo deben ser tratados los seres humanos”⁵, mientras que la igualdad material “tiene que ver con hechos, como por ejemplo las necesidades básicas, o la realidad económica o social”⁶.

Mientras que la igualdad formal podemos considerarla una realidad, la igualdad material es un objetivo o meta a alcanzar que impone para su consecución una actuación estatal, ya sea removiendo los obstáculos que la dificultan, o favoreciéndola directamente a través de una actitud positiva, o de hacer. Y esta última en ocasiones puede consistir en la articulación de tratamientos diferenciados, para determinados individuos o grupos que se encuentran en una desventaja social.

Lo que se pretende con la igualdad material es equiparar a los individuos en sus condiciones materiales de existencia, no sólo para garantizar su seguridad, sino además para permitir el ejercicio efectivo de su libertad individual. En definitiva, que puedan ejercer plenamente sus derechos sociales.

Para conseguir este objetivo, resulta imprescindible equilibrar en la medida de lo posible los “bienes y situaciones económicas y sociales”⁷.

⁴ BOBBIO, N., *Igualdad y Libertad*, trad. Pedro Aragón Rincón, introducción de Gregorio Peces-Barba, Paidós ICE/UAB, Barcelona, 1993, p. 79.

⁵ PECES-BARBA, G., y otros, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, en colaboración con Rafael de Asís Roig, Ángel Llamas Cascón, y Carlos Fernández Liesa, Universidad Carlos III/ Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 284.

⁶ *Ibidem*.

⁷ PÉREZ LUÑO, A.E., “Dimensiones de la igualdad material”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, 1984-85, p. 258.

Este equilibrio en muchas ocasiones implica redistribución, pretendiendo así, que todos los seres humanos contemos con la misma cantidad y calidad de determinados bienes considerados “valiosos”. Para ello, habría que llevar a cabo “una distribución de los bienes respecto al mayor número posible de personas”⁸.

En este punto tenemos que hacer una matización, ya que no es pacífica la idea que sitúa a los derechos sociales como derechos generalizables a todos los ciudadanos. De hecho, la igualdad material y por ende los derechos sociales se han vinculado con la *especificación* de la que nos habla Bobbio⁹, y no con la *generalización*, que es el paradigma de la igualdad formal.

La especificación se manifiesta sobre el origen mismo de los derechos sociales, ya que éstos en un primer momento aparecieron como derechos específicos para determinados grupos sociales más desfavorecidos o vulnerables, hasta que se extendió su concepto, y se generalizaron a toda la sociedad. Los derechos sociales comenzaron con el postulado de “la satisfacción de las necesidades básicas con ayuda de los poderes públicos”¹⁰, y en palabras del profesor De Asís “a diferencia del resto de los derechos que desde el principio se predicaban de todos aquellos que son considerados como seres humanos, los derechos sociales, toman como referencia seres concretos y por lo tanto originariamente tratan de solucionar la situación de estos”¹¹.

Es decir, si observamos la aparición histórica de estos derechos, veremos como su principal misión es la de satisfacer ciertos bienes a sujetos que no los tienen satisfechos. Este criterio de prioridad que limitó el disfrute en su inicio de los derechos sociales, no significaba que los bienes que estos derechos pretendían garantizar no fuesen valiosos para todos los individuos, que lo eran, sino que el Derecho precisamente por ser valiosos, pretendía satisfacerlos en primer lugar a los menos favo-

⁸ Vid. PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 159.

⁹ Vid. BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís, Sistema, Madrid, 1991, pp. 139 y ss.

¹⁰ PECES-BARBA, G., “De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones”, en *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*, J.A. López García y J.A. del Real (eds.), Dykinson, Madrid, 2000, p. 174.

¹¹ DE ASÍS ROIG, R., “La igualdad en el discurso de los derechos”, *Los derechos: entre la ética, el Poder y el Derecho*, AA VV, Eds. José Antonio López García y J. Alberto del Real, Dykinson, Madrid, 2000, p. 153.

recidos, que son aquellos individuos que por sus propios medios y sin ayuda, no podrían disfrutar de ellos.

Siguiendo este argumento, el profesor Gregorio Peces-Barba reivindica el hecho de que los titulares de los derechos sociales “solo deben ser aquellas personas que necesiten el apoyo, y no quienes no lo necesitan”, por lo que añade que “se ha producido una gran confusión en el Estado Social generalizando estos derechos”¹².

Se esté o no de acuerdo con este planteamiento que vincula la generalización de los derechos sociales con una “injusticia”¹³, prefiriendo limitar su satisfacción a aquellos individuos, “pero situados socialmente”, lo que está claro es que es imprescindible hacer diferenciaciones o “especificaciones” para articular los derechos sociales. Es decir, la especificación de los derechos “parte de considerar a los derechos más vinculados a las personas concretas”¹⁴. Se juzgan como relevantes determinadas características, “que exigen un tratamiento especial”¹⁵, un tratamiento diferenciado.

Aunque este no es el lugar de desarrollo, no olvidemos que estos tratamientos diferenciados deberán ir acompañados de las suficientes garantías, que justifiquen los criterios diferenciadores adoptados por el legislador para alcanzar la idea de justicia, tales como la exigencia de objetividad, razonabilidad, y proporcionalidad.

Pero, la articulación de tratamientos diferenciados no está falta de polémica. Existen posturas que los critican porque consideran que a pesar de que su intención es hacer efectiva una igualdad real, con ellos se

¹² PECES-BARBA, G., “Los derechos económicos sociales y culturales: apuntes para su génesis histórica y su concepto” en *Derechos sociales y Positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 11, Dykinson, Madrid, 1999, donde en este sentido el profesor Peces-Barba, señala que “la evolución jurídica y doctrinal de estos derechos ha olvidado este dato y ha intentado extenderlos a todos los ciudadanos” en p. 62.

¹³ PECES-BARBA, G., “Los derechos económicos sociales y culturales: apuntes para su génesis histórica y su concepto” en *Derechos sociales y Positivismo jurídico*, cit., refiriéndose a los derechos sociales señala que al generalizar estos derechos: “se ha desviado su objetivo y se han favorecido situaciones de injusticia” en p. 66.

¹⁴ PECES-BARBA, G., y otros, *Curso de derechos fundamentales, Teoría General*, cit., p. 181.

¹⁵ *Ibidem*.

vulnera la igualdad formal, como ocurre por ejemplo con las polémicas *cuotas rígidas*¹⁶.

Estas críticas niegan la posibilidad de coordinar ambas vertientes de la igualdad considerándolas incluso contradictorias. El argumento en el que se basan es que quién defiende la igualdad material necesariamente configura desigualdades *de iure* o ante la ley, dado que la igualdad real pretende compensar una desigualdad fáctica a través de las diferenciaciones¹⁷. Siguiendo este planteamiento los tratamientos diferenciados irían “presuntamente” en contra de la igualdad formal.

Pero rechazamos esta argumentación, porque consideramos que mientras que la igualdad formal supone la igual consideración de todos los hombres en lo relativo al contenido y a la aplicación de la ley, la igualdad material pretende superar las diferencias reales en la sociedad. Esto se traduce en que ambas vertientes del principio de igualdad (material y formal) resultan imprescindibles y no son excluyentes, porque la igualdad jurídica o ante la ley, que consagra el artículo 14 de la Constitución Española, no significa lo mismo que la igualdad económica, real y efectiva de todos los españoles, recogida en el artículo 9.2 CE¹⁸. Igualdad formal

¹⁶ Sirva como ejemplo la polémica de las cuotas electorales recogidas en la Ley de Igualdad 3/2007 de 22 de marzo, y La Resolución del Tribunal Constitucional en torno a la Cuestión y al Recurso de inconstitucionalidad planteado contra la reforma de la LOREG que hace la Ley de Igualdad, en BENGOCHEA GIL, M^a Á., “La ley de igualdad 3/2007 de 22 de marzo el reto de erradicar discriminaciones” en BENGOCHEA GIL, M^a Á. (editora) *La lucha por la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Reflexiones y aportaciones de la Ley de Igualdad 3/2007 de 22 de marzo*, Colección Debates del Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas” nº 10, Dykinson, 2010.

¹⁷ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., “Igualdad y minorías”, *Derechos y Libertades*, nº 5, 1995, p. 5. Vid. también, BILBAO UBILLOS, J.M., y REY MARTÍNEZ, F., “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, *La Constitución y la práctica del Derecho*, ARAGÓN, M. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J., (dir.), tomo 1, Aranzadi/BCH, Madrid, 1998, p. 284, donde además se añade que “la igualdad “real” es la misma igualdad “formal” cuando entra en juego algún criterio de diferenciación previsto por el constituyente o el legislador”.

¹⁸ Vid. RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad como diferenciación”, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, AA.VV, Colección Solidaridad, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, p. 285, donde se afirma que “La igualdad formal o ante la ley garantizada por el artículo 14 de la constitución no es un límite sino un presupuesto –necesario pero no suficiente de la igualdad real y efectiva del 9.2, esto es, un mínimo negativo e indeclinable a partir del cual puede operar una política positiva de remoción de obstáculos y creación de las condiciones necesarias para ir consiguiendo una mayor igualdad entre los ciudadanos”.

e igualdad material no se contradicen, ni se oponen a la libertad, sino que se complementan, potenciando así plenamente la igualdad¹⁹.

Nuestro planteamiento se sitúa en la convicción de que una perfecta igualdad ante la ley, si va acompañada de una profunda desigualdad en las condiciones sociales, no representa una adecuada y real garantía de la dignidad humana.

A esto hay que añadir que tal y como se recoge la exigencia de igualdad en la Constitución Española, donde además de los artículos 9.2 y 14, encontramos el artículo 1.1 donde aparece la igualdad como un valor superior²⁰, nuestro Estado Social y democrático de Derecho quedaría vacío de no existir la posibilidad de obligar a los poderes públicos a que remuevan obstáculos y creen las condiciones necesarias para hacer efectiva la igualdad.

III. DISTINCIÓN ENTRE DESIGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN

Ya hemos señalado la necesidad de que la diferencia se vincule a la igualdad, para que esta sea real y efectiva. Pero, hay ocasiones en que la protección de las diferencias resulta insuficiente. Esto ocurre sobre todo cuando se daña de forma grave la propia condición humana por afectar

Vid. también POYAL COSTA, A., “Un caso concreto de interacción entre norma constitucional y realidad: el artículo 9.2 de la Constitución Española y la realización del principio de igualdad”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, nº 3, 1993, p. 39, donde se señala que el artículo 9.2 “podía actuar de motor de cambio social y que es el exponente más señalado del principio del Estado social”.

¹⁹ En este sentido, FERNÁNDEZ, E., en *La Obediencia al Derecho*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, p. 241, afirma: “la reivindicación de una igualdad material distinta de la igualdad moral y de la igualdad formal jurídico-política, pero no opuesta a ésta sino complementaria, va unida al intento de albergar dentro de los sistemas democráticos metas sociales y económicas. La democracia no será, así, solamente democracia política sino también social”. En este mismo sentido, *Vid.* CARRIT, E.F., en “La Libertad y la Igualdad” en Quinton, A. (comp.), *Filosofía Política*, trad. de E.L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 251, donde señala que “la igualdad de las posesiones causa igualdad del poder, y la igualdad del poder es libertad”.

²⁰ *Vid.* al respecto sobre este tema BENGOCHEA GIL, M^a Á., “Algunas reflexiones sobre los valores superiores en nuestro Ordenamiento: ¿sigue el debate abierto?” en *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Volumen 2, Dykinson 2008, pp. 159-182.

a condiciones esenciales que definen la individualidad de determinadas personas o grupos. Surge así necesariamente las garantías específicas de la tutela antidiscriminatoria y la posibilidad de articular políticas de igualdad que incluyan no solo *acciones afirmativas*, sino incluso *medidas de discriminación inversa*, que para su implementación, y por tanto para restaurar la igualdad en individuos o colectivos tradicionalmente discriminados, implique limitar derechos de terceras personas, como ocurre por ejemplo con las ya citadas *cuotas rígidas*.

Es decir, a la exigencia de restablecer las condiciones sociales de igualdad real, se suma la prohibición de que se reproduzcan situaciones de discriminación y marginación incompatibles con los valores inherentes a la dignidad humana.

Hay que distinguir por tanto entre la promoción de la igualdad y la erradicación de la discriminación. Consideramos que existe en este sentido un *derecho fundamental a la igualdad* y un *derecho fundamental a no ser discriminado*, que no siempre han sido diferenciados como derechos autónomos²¹.

Por ejemplo en el marco jurídico y jurisprudencial español el problema es que en un primer momento al proclamarse la Constitución Española de 1978, se utilizó como un concepto unívoco el concepto de igualdad y el de prohibición de discriminación, restándole especificidad al concepto de discriminación, y asimilándolo a simple desigualdad²².

Esta confusión entre igualdad y prohibición de discriminación surge como consecuencia sobre todo, de que el derecho a la igualdad se recoge junto al derecho a no ser discriminado en un mismo precepto, el artículo 14 CE.

²¹ Vid. para un desarrollo de este tema BENGOCHEA GIL, M^a A. “Acciones positivas y discriminaciones inversas: dos instrumentos para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres”, en *Mujer, Libertad e Igualdad. Un homenaje a Enriqueta Chicano*, Thomson. Civitas, Ed. Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 62-94.

²² Vid. JIMÉNEZ CAMPOS, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador” REDC n^o 9, 1983, p. 84, donde se ha dicho que en un principio “El TC no ha captado el sentido emancipatorio y por ello, crítico y corrector de la tutela antidiscriminatoria y ha llevado a cabo una contaminación entre los dos incisos del artículo 14, que facilita al interpretación de la fórmula final de cierre del precepto no como carácter potencialmente abierto, sino como mero carácter ejemplificador de la lista”.

Así en un primer momento, el mandato de no discriminación aparece como manifestación del principio de igualdad formal que se vulnera cuando la justificación no es objetiva y razonable. Esto se ha traducido en el hecho de que tanto la desigualdad como la discriminación se evalúen con parámetros de simple razonabilidad, operando ésta tanto para el trato desigual como para el trato discriminatorio.

Pero, la razón de considerar la prohibición de discriminación del artículo 14 de nuestra Constitución como un derecho independiente del derecho a la igualdad, surge porque las enumeraciones que hace el constituyente, refiriéndose al sexo, raza, etc., necesitan un plus de protección especial.

Así, se ha entendido que el artículo 14 de la Constitución, establece dos preceptos diferentes en cada uno de sus dos incisos. En el primero (los españoles son iguales ante la ley) se consagraría el clásico principio de igualdad en la ley, y prohíbe hacer distinciones arbitrarias o irrazonables. En el segundo inciso, en cambio, “se impondría una prohibición de discriminación mucho más taxativa y perentoria de introducir o aceptar discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social”²³.

Es decir, las diferenciaciones que infringen el principio de igualdad, exigen que se restituya la igualdad. Por otro lado aquellas situaciones que configuran un tratamiento excluyente, vejatorio, humillante y especialmente odioso y recalcitrante, es decir las discriminaciones, no sólo obligan a que se restituya la igualdad, sino que incluso autorizan a la articulación de tratamientos diferenciados más “radicales” para erradicar la discriminación.

Es decir, se entiende que la afectación a la dignidad solo tiene lugar ante un trato discriminatorio no ante un trato desigual. Por ello en supuestos discriminatorios se exige un juicio más estricto de la razonabilidad que se elabora en función de la dignidad como fin constitucionalmente superior cuando las diferencias se basen en motivos que afectan a la identidad de la persona, las denominadas *categorías sospechosas*²⁴ de sufrir

²³ RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, nº 16, 1996, pp. 43-44.

²⁴ Esta categoría surge en 1945, en Estados Unidos, en un estudio, que distinguía entre la clasificación razonable y la clasificación sospechosa, este es: TUSSMAN, J. Y TENBROEK, J., “The equal protection of Laws” *California Law Review*, nº 3, septiembre de 1945, Vol. XXXVII, pp. 341 y ss. Vid. también en este sentido, TRIBE, L. H., *American Constitutional*

discriminación, como raza, sexo, etc., frente a *categorías razonables*, que serían el resto.

Nuestro Tribunal Constitucional después de una jurisprudencia zigzante reconoce finalmente el derecho fundamental a no ser discriminado como un derecho diferente al de igualdad²⁵.

IV. LOS DERECHOS SOCIALES COMO AUTÉNTICOS DERECHOS

Ya hemos señalado que el fundamento de los derechos sociales es la Igualdad y por ello éstos surgirán de un “descubrimiento” elemental: la libertad está amenazada por el despotismo, pero también por el hambre, la miseria, la escasez²⁶, la ignorancia y la dependencia²⁷. Es decir, mientras

Law, 2^a ed., Mineola, New York, 1988, p. 1602. Asimismo nuestro Tribunal Constitucional ha entendido la existencia de unas determinadas categorías donde cualquier diferenciación tiene que ser controlada, porque es sospechosa de ser considerada discriminatoria. Es el caso de STC 19/1989 de 31 de enero donde se señala que “más en concreto, la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo, no sólo entraña la interdicción de la desigualdad de trato injustificada, sino también la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación”. También STC 103/1983 de 22 de noviembre se remite a *categorías sospechosas* al señalar que “el artículo 14 de la Constitución, además, establece una serie de supuestos de discriminaciones que pueden considerarse como típicas, entre las cuales se encuentra sin ningún género de dudas la diferenciación o discriminación del trato jurídico que deriva del sexo de la persona”.

²⁵ En STC 136/1996.

²⁶ RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad como diferenciación”, cit., p. 289., donde textualmente se afirma: “Adviértase que los derechos económicos, sociales y culturales en cuya base encontramos la igualdad, son “un signo distintivo del Estado social y al no situarse sólo en el ámbito jurídico, sino en el real de la sociedad, entran en juego dimensiones económicas y sociales –como la escasez– que obligan a plantearse el tema de los derechos fundados en la igualdad material no sólo desde el punto de vista de su justicia y de su validez sino de su eficacia”.

²⁷ PRIETO SANCHÍS, L. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, 1995, p. 17.

que los denominados derechos de libertad son derechos que reconocen la existencia de unas diferencias entre los individuos, en palabras de Ferrajoli son “derechos a la diferencia, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo personas diferentes a las demás”; por el contrario, los derechos sociales implican algo más, ya que son derechos a la “compensación de desigualdades y, por ello, a llegar a ser personas iguales a las demás en las condiciones mínimas de vida y supervivencia”²⁸.

Por esta razón, para hacer efectivos los derechos sociales, no es suficiente la actuación del Estado liberal. Éste debe abandonar su actitud abstencionista para comprometerse y promover la igualdad, y superar las insuficiencias de su máxima: la ideología del *laissez faire laissez passer*. Este modelo de poder político tiene que cambiar su forma de actuar, y sobre todo “su forma de satisfacción de necesidades humanas”²⁹.

Para garantizar el ejercicio de los derechos sociales hay que articular un Estado diferente: el Estado Social, donde el poder político en vez de seguir siendo considerado como el enemigo natural de la autonomía del individuo, se conciba como un imprescindible promotor de la liberación social³⁰.

Por ello, el problema en torno a los derechos sociales surge desde la óptica liberal tradicional, donde la libertad primaria sobre cualquier otro derecho, y donde además, los derechos sociales no son considerados auténticos derechos por lo que no existen razones para justificar su mantenimiento por parte del Estado³¹.

²⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibañez, Prólogo de N. Bobbio, Trotta, Madrid, 1995, p. 907.

²⁹ ZAPATERO GOMEZ, V., “Tres visiones sobre el Estado de Bienestar”, *Sistema*, n° 80-81, Madrid, 1987, p. 25.

³⁰ *Vid.* DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la Teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, 1993, p. 39.

³¹ CRUZ VILLALÓN, P., “Concepto de derecho fundamental: identidad, status, carácter”, en SAUCA, J.M., (ed), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, 1994, p. 161, donde en referencia a nuestra Constitución, afirma que son derechos fundamentales los contenidos en el capítulo segundo, sin hacer distinción entre las dos secciones de este capítulo, pero, sin extenderse este concepto de derechos fundamentales a “la versión nacional de los derechos sociales”.

Según este planteamiento los derechos sociales serían catalogados como “meras declaraciones retóricas”³² o “derechos sobre el papel”³³.

Los derechos sociales se diferenciarían así de los “auténticos derechos”, que siguiendo a Guastini, reunirían necesariamente tres condiciones³⁴: a) ser susceptibles de tutela judicial; b) poder ejercitarse o reivindicarse frente a un sujeto determinado; c) tener bien definido tanto el sujeto titular del derecho como su contenido que consiste en una obligación de conducta bien definida. Por tanto, aunque los derechos sociales parecen auténticos derechos, en realidad no lo serían porque van dirigidos al legislador, le *recomiendan* algo, no le obligan a dictar ninguna ley y no tienen un contenido preciso.

Pero situándonos frente a estas posiciones, encontramos razones suficientes para considerar los derechos sociales como verdaderos derechos, ya que son regulados por los Ordenamientos, por las Constituciones, y jurídicamente defendibles³⁵. En este sentido, siguiendo al profesor Ansuátegui, “no hay nada en los derechos sociales (o de contenido social) que impida considerarlos al mismo nivel que otros derechos”³⁶.

Partimos del hecho de que su reconocimiento como auténticos derechos se fundamenta en el propio concepto de dignidad humana, imposible de satisfacer sino se tienen las necesidades básicas satisfechas. El hombre no puede protagonizar una existencia plenamente humana (libre, creativa,

³² Vid. DE VEGA, P., en “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social” en J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera (eds.): *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 135, señala que “aunque sean los propios textos constitucionales quienes establecen preceptos, a través de los cuales se pretende otorgar valor normativo a los postulados del Estado social (...), es lo cierto que, al intentar compatibilizar esas declaraciones con los principios del Estado Liberal y del Derecho constitucional de garantía (...), quedan reducidas a meras declaraciones retóricas”.

³³ Vid. GUASTINI, R., “Derecho. Una contribución analítica”, en SAUCA, J.M., (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid/ BOE, Madrid, 1994, p. 134.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Vid. PERÉZ LUÑO, A.E., “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Anuario de Derechos humanos*, nº 1; y del mismo autor Vid. *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 54.

³⁶ ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas nº 2, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1997, p. 52.

responsable, enriquecedora...) si se siente acosado por la existencia de ciertas necesidades básicas³⁷.

Es cierto que en este planteamiento que supone el reconocimiento de los derechos sociales como auténticos derechos surge una dificultad añadida, ya que previamente a cualquier fundamentación debemos resolver un problema conceptual que supone responder a la pregunta ¿qué entendemos por “necesidad”? La justificación de la intervención del Estado para satisfacer los derechos sociales se basa en la convicción de que resuelve una carencia, no un deseo³⁸ o una preferencia³⁹, en relación con una necesidad básica, que impide el desarrollo como persona y la

³⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ G., *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y política)*, cit., p. 46, pp. 57-58, donde este autor afirma que: “El primer argumento pues, para defender su inclusión en la categoría genérica de los derechos fundamentales, pasa por este reconocimiento de la conexión de los derechos económicos, sociales y culturales, con la generalización de los derechos políticos. Su objetivo era la igualdad a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, para participar en plenitud en la vida política para disfrutar de su beneficios”.

³⁸ HARRIS, D., *La justificación del Estado de bienestar: la nueva derecha versus la nueva izquierda*, trad. Juan J. F. Cainzos, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, p. 69, donde el autor aportará una perspectiva interesante a esta noción de necesidades, eliminando así de la configuración de éstas los deseos individuales que tengan los ciudadanos guiados por el mercado ya que no se consideran el fundamento más adecuado para identificar las necesidades. Según Harris el Estado determinará cuales son las necesidades básicas que hay que cubrir, ya que si se deja que los ciudadanos las identifiquen, se dejarán guiar por sus preferencias, y no por lo que realmente necesitan.

³⁹ RAWLS, J., “Social Unity and Primary Goods”, *Utilitarianism and Beyond*, A. Sen y B. Williams comps., Cambridge, 1982, donde ha sostenido que hay que rechazar las preferencias y los deseos como razones que justifiquen acciones o medidas en el área de la justicia. Junto al rechazo de los deseos y preferencias, rechaza también la utilidad, como ya vimos, y la antepone a la necesidad de exigir la igual distribución de sus bienes primarios con necesidades. Estos “bienes primarios” que defiende Rawls, han sido en muchas ocasiones relacionados con las necesidades básicas. En este mismo sentido DWORKIN, R., con la defensa de su *igualdad de recursos* frente a la *igualdad de bienestar*, excluye como medida del bienestar, las preferencias. Por eso precisamente la Teoría del bienestar es defectuosa, porque según las preferencias o deseos, los individuos miden su bienestar, cuando en realidad, lo que es necesario es una igualdad en los recursos, donde se tengan en cuenta las necesidades no las preferencias, en “What is Equality”, Part 1: Equality of Welfare”, *Philosophy and Public Affairs*, vol 10, n° 3, 1981, y “Part 2: Equality of Resources” *Philosophy and Public Affairs*, vol 10, n° 4, 1981.

libre elección de planes de vida de quién se encuentre en esa situación de carencia. Las necesidades son adscribibles objetivamente⁴⁰, porque mientras que un deseo es algo intencional, las necesidades no dependen del estado mental del agente, sino de la realidad⁴¹. Las necesidades no deberían depender de la voluntad del individuo porque son irrenunciables, inmutables⁴², y el hombre las requiere para su bienestar, además de ser comunes a todos los seres humanos. De no encontrarse satisfechas causarían un grave daño para el mantenimiento de la vida o para su ejercicio con dignidad⁴³, y esto último dista mucho de una preferencia o deseo.

En este sentido, resulta imprescindible hacer una delimitación entre las necesidades por un lado y los deseos y preferencias por otro⁴⁴. Las necesidades se basan en criterios objetivos que buscan un fin realmente “valioso”⁴⁵. Este fin será valioso, si pretende perpetuar la integridad

⁴⁰ Vid. NINO, C.S., “Autonomía y necesidades básicas”, *Doxa*, nº 7, 1990, p. 21 y ss.

⁴¹ Vid. WIGGINS, D., “Claims of Need”, en Ted Honderich (comp), *Morality and Objectivity. A tribute to J. L. Mackie*, Londres, 1985, p. 5.

⁴² HARRIS, D., *La justificación del Estado de Bienestar*, trad. Juan J.F. Cainzos, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, Como ha señalado Harris en este sentido: “la naturaleza de las necesidades permite distinguirlas de las simples preferencias. Las necesidades son básicas y fundamentales para cualquier labor humana. Son inmutables. Un individuo no elige sus necesidades ni puede cambiarlas como podría hacer con un traje. Por esta razón, las necesidades no son simplemente unas preferencias importantes, sino algo bastante diferente y moralmente más fundamental. No pueden ser elegidas o desarrolladas y, lo que es más importante, no pueden eludirse” en p. 303.

⁴³ Vid. AÑON, M^a J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de Fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 208 y ss.

⁴⁴ En este sentido, CONTRERAS, F.J., señala que existen posiciones a las que les interesa confundir ambas figuras, y por ello, “al ultraliberal le interesa difuminar la frontera entre necesidades y deseos, igualarlos <por abajo> (al nivel de los deseos), pues así cierra el paso a la idea de la responsabilidad colectiva frente a las verdaderas necesidades y restablece el imperio del *chacun por soi*”, en *Derechos Sociales. Teoría e Ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 56.

⁴⁵ Según BRAYBROOKE, D. *Meeting Needs*, Princeton University Press, Princeton, 198, p. 31, donde señala que los fines valiosos serían aquellos con el mantenimiento de la vida: “una persona no necesita explicar o justificar su intención de vivir o su intención de funcionar normalmente no hay ningún fin más fundamental que pudiera ser invocado para explicar o justificar aquel”. Vid. también WIGGINS, D., quien dirá que los fines valiosos son: “aquellos que se necesitan para evitar daños a seres humanos” en “Claims of Need”, *Morality and Objectivity. A tribute to J. L. Mackie*, Ted Honderich (comp), Londres, 1985, p.

—física y moral— de la vida humana, la libertad, incluso la vida misma, en definitiva la vida autónoma⁴⁶. En definitiva las necesidades estarían supeditadas al fin de promover la autonomía de la persona⁴⁷. Por el contrario, las preferencias son aquellas que se definen por la valoración individual, que si bien contribuyen a aumentar el bienestar de la persona, son contingentes y si no se satisfacen nunca implicará un daño grave para el individuo.

No debemos olvidar, —y así lo pone de manifiesto Nino— que si se adoptara el criterio de las preferencias y no el de las necesidades, “cada individuo sufriría en su propia vida el impacto de las preferencias personales de otros individuos”⁴⁸.

Por esta razón, se entiende que las necesidades tienen un carácter instrumental⁴⁹, dado que no constituyen un fin en sí mismas, sino que buscan un “fin valioso” superior. Tal y como señala Contreras, “si existieran fines que <no pueden ser deseados>, las necesidades cuya satisfacción es una precondition para la consecución de esos fines quedarían automáticamente confirmadas como necesidades humanas básicas, objetivamente determinables”⁵⁰.

4 y ss. Y por último, *Vid.* BUNGE, M., sostendrá que los fines valiosos son los que permiten sobrevivir, y preservar o restablecer la salud, en *Tratise on Basic Philosophy*, vol. 8, *The Good and the Right*, manuscrito mimeógrafo, Montreal, 1988, Def 1.12.

⁴⁶ *Vid.* BOBBIO, N., “Conversación con G.PONTARA”, *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 87-88, donde en relación con las preferencias o deseos y las necesidades, se señala que “*grossa modo* se puede razonar de la siguiente manera. Independientemente de cuáles sean nuestros deseos, nuestras preferencias, nuestras aspiraciones, nuestros fines y nuestros valores particulares, existen algunas *preferencias fundamentales*, en el sentido de que cada uno debe razonablemente tenerlas en cuanto su propia satisfacción es condición necesaria para poder perseguir la satisfacción de cualquier otra preferencia o la realización de cualquier aspiración, fin o valor que precisamos tener”. A su entender, estas podrían ser tres: la preferencia de vivir más que la de no vivir; la preferencia de no ser sometido, más que la de ser sometido, a graves sufrimientos gratuitos y la preferencia de poder decidir las preferencias de cada uno de forma autónoma y de perseguir su propia satisfacción, en “¿Existen derechos fundamentales?”.

⁴⁷ NINO, C. S., “Autonomía y necesidades básicas”, trad. Juan J.F. Cainzos, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990. p. 22.

⁴⁸ NINO, C. S., “Autonomía y necesidades básicas”, cit., p. 33.

⁴⁹ *Vid.* DE LUCAS, J., Y AÑON, M^a.J., “Necesidades, razones y derechos”, *Doxa*, n^o 7, 1990, p. 69.

⁵⁰ *Vid.* CONTRERAS, F.J., *Derechos Sociales. Teoría e Ideología*, cit., p. 79.

Por todo ello, podemos considerar que la finalidad de los derechos sociales al satisfacer estas necesidades es alcanzar el nivel de humanidad mínimo para considerarnos personas, y desarrollar nuestro plan de vida autónomo⁵¹.

V. DIFICULTADES PARA LA ARTICULACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

La realidad que nos encontramos es que para el ejercicio efectivo de los derechos sociales, y en definitiva para conseguir la igualdad, se exigen unas políticas estatales y unas condiciones prácticas adecuadas y ésta es una situación que no suele ser frecuente⁵². Es decir, la eficacia inmediata de los derechos sociales queda recortada y condicionada por la política, de tal manera que su contenido varía de un Estado a otro, en función del nivel económico o de la prioridad que les otorgue el Poder político⁵³.

Lo que por otro lado está claro es que desde los postulados del Estado Social se defiende que si existe la posibilidad técnica (nivel suficiente de recursos materiales, existencia de canales de distribución, o de redistribución adecuados) de satisfacer las necesidades básicas de todos los ciudadanos, esa posibilidad debe ser realizada. Pero aunque esta última afirmación es lógica a la razón humana, puede resultar ingenua, ya que

⁵¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de Filosofía Jurídica y política*, citado, p. 4, donde se considera que “los derechos son un instrumento para alcanzar la igualdad que permite a todos, por su extensión generalizada, participar en la democracia social, disfrutar en condiciones de los derechos clásicos, individuales, civiles y políticos, con la satisfacción de las necesidades básicas y finalmente, alcanzar “el desarrollo y la salvaguardia de la libre personalidad, que es un objetivo humanista, propio de una ética laica influida ya en Bernstein por la idea de la vuelta a Kant”.

⁵² RABOSI E, “Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 18, 1993, p. 68.

⁵³ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Derecho, poder político y poderes sociales”, AA.VV. *Direitos humanos: a promessa do século XXI*, Elsa, Oporto, 1997, p. 194. Como recuerda Ansuátegui para la efectividad de los derechos “se exige también otra serie de condiciones o elementos –culturales, sociales, políticos, económicos. Pero sin mecanismos y garantías jurídicas, esa efectividad posiblemente sería una ilusión.

el camino para conseguir esto, es en ocasiones muy difícil, ya sea por motivos económicos o políticos⁵⁴.

Y a esta situación de “dependencia” de los derechos sociales de que se den las condiciones suficientes para su ejercicio y garantía se añaden dos argumentos que en ocasiones son utilizados para desvirtuarlos como auténticos derechos y que desarrollaremos a continuación, que son:

1. Por un lado, el hecho de que los mecanismos con los que se cuenta para su exigibilidad son menores que los que poseen los derechos liberales⁵⁵.
2. Y por otro lado, la consideración de que los derechos sociales no son jurisdiccionalmente defendibles, carecen de mecanismos de garantía que los puedan hacer efectivos⁵⁶.

5.1. La exigibilidad de los derechos sociales

En el Ordenamiento jurídico español, la defensa de los derechos sociales como auténticos derechos exigibles al Poder, parte del principio general de que toda nuestra Constitución es una auténtica norma jurídica. Así se desprende claramente del artículo 9.1 de nuestra norma suprema: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico”. Desde sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional afirma el carácter normativo de la Constitución

⁵⁴ Vid. VILAS NOGUEIRA, J., “Igualdad Jurídica y Desigualdad Económica en el Estado Capitalista: Los Derechos Sociales”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 14, Nueva Época, 1980, p. 116, subraya que “los derechos sociales simplemente incorporan a la teología del Estado Capitalista (Liberal) contemporáneo una actividad económico-social “enteramente imaginaria”.

⁵⁵ FERNÁNDEZ, E., *La obediencia al Derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, p. 246.: Tal y como señala Eusebio Fernández, todavía “las técnicas de protección siguen siendo más favorables para los derechos humanos tradicionales”.

⁵⁶ Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, cit., p. 50, donde se subraya cómo “la presencia de mecanismos de garantía que acompañen a los derechos es de suma importancia para la conceptualización de los mismos. Tan es así que en ocasiones se niega el carácter de derecho fundamental a determinadas instituciones que carecen entre otras cosas, de mecanismos de garantías *fuertes* o, por lo menos, asimilables a los de otros derechos”.

y la negación de la existencia en ella de “normas programáticas”⁵⁷; todos sus preceptos son directamente aplicables y pueden ser alegados ante los tribunales sin necesidad de desarrollo normativo.

Pero, hay que acotar esta normatividad, y en este sentido⁵⁸, aún partiendo de que la Constitución es una autentica norma jurídica, normatividad no se identifica con aplicación directa y exigibilidad de todos sus preceptos ante los tribunales. Se requiere de una dotación prestacional y acciones públicas para la satisfacción de los derechos sociales, y de una concreción legal para su efectividad jurídica, superior a la que precisan la mayoría de los derechos civiles, o derechos de libertad.

También es cierto que existen algunas paradojas, en el marco del reconocimiento constitucional de los derechos sociales, que no dejan de suscitar perplejidad. Por ejemplo, la Constitución Española garantiza que el condenado a las penas privativas de libertad “tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social” (art. 25,2 CE), algo que no se hace extensible a los ciudadanos libres. Otra paradoja se plantea en el artículo 42 CE donde se afirma que “El Estado velará especialmente por la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero”, compromiso que no se extiende a los trabajadores en territorio español.

Hay que tener en cuenta además que a la hora de plantearnos la exigibilidad de los derechos sociales hay que entender que cuando hablamos de derechos sociales hablamos de un cierto “aire de familia entre ciertos derechos” no un tipo único de derechos. Los derechos sociales son por tanto, categorías muy heterogéneas cuyo punto en común “es su

⁵⁷ El propio Tribunal Constitucional matiza lo que debe entenderse por Estado social en su sentencia 216/1991, de 14 de noviembre en la cual se señala que “la igualdad que el artículo 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico, inherente, junto con el valor Justicia, a la forma del Estado social que ese Ordenamiento reviste, pero también a la del Estado de Derecho, no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el artículo 14 de nuestra Constitución, y que en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo a la de índole sustancial recogida en el artículo 9.2 de nuestra Constitución, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sea efectiva”.

⁵⁸ DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., 4ª reimpresión, Ariel, Barcelona, 1995, p. 33. *Vid.* también GARCÍA ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984; y del mismo autor: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

tendencia a pormenorizar las exigencias que se desprenden del principio de igualdad⁵⁹, y que pueden materializarse como:

1. Prestaciones dinerarias (como derecho a una pensión),
2. Acceso a servicios (como servicios médicos o educativos),
3. Reconocimiento de facultades de organización y negociación colectiva (derechos sindicales)
4. Protección contra la actividad de los particulares (derechos del consumidor o protección contra el despido arbitrario)
5. *Acciones positiva* que implican la previsión de incentivos legales y económicos a través de normas promocionales; y *medidas de discriminación inversa*, que suponen la imposición de cargas a grupos considerados en situación más ventajosa (cuotas).

Todo esto nos lleva a reformular la posición que separa completamente los derechos económicos, sociales y culturales, de los derechos civiles y políticos, conduciéndonos a una posición más integradora de ambos tipos de derechos⁶⁰. Es decir, rechazamos la visión tradicional de que los derechos económicos sociales y culturales son exclusivamente derechos de crédito frente al Estado, mientras que los derechos civiles y políticos solamente exigen por parte del Estado la salvaguarda de un ámbito de autonomía.

En la evolución histórica de los derechos fundamentales se puede apreciar que existen derechos civiles y políticos donde lo que se exige al Estado es una acción positiva, como por ejemplo: el derecho a asistencia letrada; el derecho a la seguridad jurídica y a las garantías procesales; para ejercer el derecho al voto es necesario candidaturas y leyes electorales; el derecho de propiedad no tendría contenido sin el Código Civil; o el derecho de asociación sin leyes de desarrollo.

⁵⁹ PEREZ LUÑO, A. E., “Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, enero-agosto 2005, p.16.

⁶⁰ RABOSSIE, “Los derechos humanos básicos y los errores la concepción canónica”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, nº 18, 1993, p. 67, donde plantea algo incluso más ambicioso cuando señala “Adviértase que no sostengo nuevamente –como se ha vuelto habitual– que los derechos humanos civiles y económicos estén interrelacionados. Sostengo algo mucho más fuerte: que hay un núcleo indivisible de derechos humanos básicos constituido por los derechos de la personalidad y los derechos a la subsistencia”. Que ese núcleo presente un “lado” civil y un lado “económico” es por lo demás, previsible”.

Y también existen derechos económicos, sociales y culturales que sólo pretenden garantizar a sus titulares el ejercicio de un ámbito de autonomía y de libertad, como por ejemplo, el derecho de huelga y la libertad sindical.

Esto se traduce en que en el marco de los derechos sociales, hay tanto obligaciones positivas como negativas del Estado.

A.-En las **negativas** el Estado no puede afectar negativamente la salud, la educación, la vivienda, el puesto de trabajo, la formación de sindicatos, la integridad de las pensiones. Es decir, que todo derecho social supone a la vez una dimensión de libertad, de no interferencia por parte del Estado.

B.- Hay otras obligaciones **positivas**, donde:

1. El Estado tiene la obligación de regular los derechos completando su contenido, legislando normas específicas para desarrollar las normas constitucionales, ya sea en contenido, alcance o condiciones de ejercicio.
2. En segundo lugar, el Estado debe proteger a los titulares del derecho frente a la posible injerencia indebida de sus propios agentes o de terceros. Por ejemplo encontramos la actividad preventiva (correspondiente al poder de policía) y reparatoria y sancionatoria (que corresponde a los jueces y a la Administración). Este es el caso de la protección de la seguridad e higiene en los lugares de trabajo o la protección contra desalojos forzosos.
3. En tercer lugar, se exige al Estado ciertas condiciones institucionales como centro de salud, escuelas, organismos que acrediten jubilaciones y pensiones, organismos que lleven a cabo la política de vivienda, organismos que registren sindicatos, etc. En el caso de que estas funciones se deleguen a particulares, es el Estado el garante y responsable último de su cumplimiento.
4. En cuarto lugar, la garantía de satisfacción de necesidades básicas, como garantizar la alimentación adecuada, educación, vivienda digna, etc.

En este último caso, las obligaciones más típicas de satisfacción en muchas ocasiones se identifican con la igualdad y también con la solidaridad, tales como: asegurar un ingreso mínimo, una renta básica, para satisfacer las necesidades básicas de los más desaven-

tajados; o la idea de redistribución de riqueza, que limitaría a los mejor situados socialmente.

5. Y por último, es precisamente el concepto de diferenciación y el de prohibición de discriminación, algo que lo que ya hemos hablado, los que han originado que se esté vinculando el Estado Social cada vez en mayor medida, al Derecho antidiscriminatorio, de tal manera que surgen nuevas demandas denominadas *demandas de reconocimiento* por oposición a las *demandas de redistribución*⁶¹.

Estas *demandas de reconocimiento* son reivindicaciones grupales y colectivas en la que los sectores sociales o grupos históricamente discriminados, postergados o desaventajados, reclaman la remoción de barreras legales, económicas y sociales que impiden o limitan su participación o acceso a esferas sociales tales como la representación política, la educación o el empleo.

Por ello, aunque en muchos casos estas reivindicaciones tengan consecuencias concretas sobre la distribución de la riqueza, su objeto prioritario es la visibilidad del sector social o grupo que en el pasado fue postergado o ignorado, el reconocimiento de sus diferencias específicas, el derecho a que el sector social o grupo y las prácticas e intereses que lo caracterizan sean tenidos en consideración. En definitiva, la remoción de aquellas pautas supuestamente “neutrales” que en realidad representan la visión o los parámetros característicos del androcentrismo (varón y blanco), y que funcionan como barreras de acceso o participación y como agravamiento de la invisibilidad de mujeres, personas que padecen una discapacidad, migrantes, etc.

5.2. La justiciabilidad

Es precisamente la justiciabilidad lo que debilita el valor jurídico de los derechos sociales. Se les suele “acusar” como ya hemos señalado, de tener carácter programático, o de ser derechos incompletos, y uno

⁶¹ YOUNG, I.M., “Vida política y diferencia de grupo: una crítica al ideal de ciudadanía universal” en Carme Castell (comp.), *Perspectivas feministas en teorías política*, Paidós Barcelona 1996, pp. 99 a 126. *Vid.* también FRASER, N., *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición post socialista*, Siglo del Hombre, Bogotá 1997, en concreto capítulo 1.

de los fundamentos de este argumento es que no pueden ser invocados frente a los tribunales, sino que solo dirigen la actuación de los poderes públicos⁶². Pero esto no es así, con independencia de que el problema de los derechos sociales radica en que es necesario su reglamentación como requisito para hacerlos efectivos.

El artículo 53, 3 de la Constitución señala que los “principios rectores de la política social y económica” informarán “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero, “solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

A pesar de la redacción desacertada de este artículo, no “podemos” o no “queremos” interpretarla como una prohibición de alegar ante los tribunales derechos sociales, si tenemos en cuenta que el resto del articulado de la Constitución nos plantea algo muy diferente. Por ejemplo:

1. En el artículo 161, 1,a CE se señala cómo el Tribunal Constitucional tiene plena competencia de cualquier disposición que contradiga la CE.
2. El artículo 163 CE, recoge que los jueces ordinarios están obligados a remitir al Tribunal Constitucional cualquier posible inconstitucionalidad.
3. En el artículo 9.1 CE, se especifica que hay que aplicar todo el Ordenamiento jurídico conforme a la Constitución.
4. El artículo 24.1. CE recoge claramente la exigencia de que hay que tutelar todos los derechos e intereses legítimos de las personas.
5. Y por último, el artículo 54 CE posibilita que se puedan denunciar las irregularidades administrativas ante el defensor del pueblo.

⁶² PEREZ LUÑO, A. E., “Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución española”, *Documentación Administrativa*, cit., p.16, donde se subraya que “no deja de suscitar perplejidad el hecho de que muchos derechos fundamentales, es decir, derechos humanos que han sido objeto de recepción positiva en los textos de máxima jerarquía normativa de los ordenamiento jurídicos– las Constituciones– carezcan de protección judicial efectiva. La paradoja es ¿cómo se va a negar la condición de auténticos derechos si están recogidos en la constitución?, pero, ¿Cómo se van a considerar derechos positivos si no son justiciables?”.

Todo esto supone reconocer, según la CE, el carácter normativo y la plena vinculatoriedad de los preceptos del capítulo 3º, Título I, es decir, de los derechos sociales.

Y a esta argumentación se une además el artículo 96.1 CE que proclama que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del ordenamiento interno”. Es el caso del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU, ratificado por España en 1977. Y que desde 1986 cuenta con un Comité de Derechos económicos, Sociales y Culturales, para aplicar el Pacto, revisar los informes estatales, y procuran definir de qué manera los Estados deben hacer efectivo el Pacto. Siguiendo este parámetro constitucional habría que tener en cuenta en materia de derechos sociales lo establecido en el Pacto, que obliga a cualquier Estado:

1. A eliminar discriminaciones de *iure* o *facto*, lo que se traduce en que cualquier norma o práctica discriminatoria, tiene que ser erradicada. Esto normalmente ya se hace a través de políticas antidiscriminatorias estatales.
2. A adoptar medidas inmediatas para hacer efectivo los derechos, a remover los obstáculos a la mayor brevedad, y lograr de forma “progresiva” un disfrute de los mismos.

Esto último supone la imposibilidad de regresividad de los derechos sociales, exigencia muy importante teniendo en cuenta la posibilidad de que la articulación de estos derechos en muchos caso se deja a la “gestión”, “buena voluntad” y “actuación” flexible del poder político que en algún momento podría incluso reducir estos derechos sociales.

Pero además esta prohibición de regresividad se refuerza, porque se controla al Estado con instrumentos tradicionalmente vinculados al Derecho antidiscriminatorio, tales como la inversión de la carga de la prueba, el *escrutinio estricto* y las ya citadas *categorías sospechosas*.

En el caso de la inversión de la carga, se declara inconstitucional cualquier medida que disminuye el ejercicio de los derechos sociales y el Estado tendrá que demostrar que si aprueba una norma regresiva de derechos sociales, la norma es justificable a partir de su potencialidad protectora de otros derechos.

Con la utilización del *escrutinio estricto* y los parámetros de *categorías sospechosas* se hace difícil al Estado demostrar la legitimidad del

fin, la racionalidad de la medida y su imperiosa necesidad. Es decir, se tiene que justificar que ha tenido en cuenta todos los derechos previstos en el Pacto, y que ha empleado todos los recursos de que dispone, y que aun así necesita acudir a esta medida para proteger los demás derechos del pacto (otros derechos sociales) no los derechos liberales.

Pero, incluso, con todo lo señalado y aunque no haya desarrollo legislativo de los derechos sociales podríamos buscar soluciones para su invocación ante los tribunales, a través de algunos “recursos” jurídicos, entre los que destacamos:

1. La exigencia inherente a cualquier derecho y que se ha reconocido constitucionalmente: ***el contenido esencial de los derechos***.
2. Hay que tener en cuenta el hecho de que la Reglamentación de los derechos sociales se caracteriza por **cláusulas “favor debilis”**, es decir, cláusulas que se inclinan en principio a favor de la parte más desfavorecida de la relación. Por ejemplo la inversión de la carga de la prueba en materia antidiscriminatoria; interpretación a favor del consumidor y en contra del comerciante; interpretación a favor del trabajador en materia laboral.
3. También se puede asegurar los derechos sociales con la previsión de partidas presupuestarias por parte del Estado. En algunos casos se establece un porcentaje mínimo debe ser destinado a los derechos sociales, y que su incumplimiento podría facilitar su reclamación ante un tribunal.

No es el caso de España, pero si por ejemplo de la Republica de Costa Rica, donde en su artículo 78, se reserva una partida a educación del 6 por ciento de los Presupuestos; o de la republica de Ecuador donde en su artículo 71 se reserva no menos del 30 por ciento para educación y erradicación de analfabetismo.

4. Y por último en ocasiones, aunque algunos de los derechos sociales no puedan ser directamente justiciables, existe una practica, que se utiliza por ejemplo en el Tribunal europeo de derechos humanos y en la Corte Interamericana de derechos humanos, a través de la tutela indirecta, es decir, a través de la invocación de otros derechos violados simultáneamente. A través de esta técnica con la violación de los derechos sociales se puede afectar también:

1. Al principio de igualdad y la prohibición de discriminación: por ejemplo la violación del acceso al derecho a la salud, el acceso al trabajo o a la educación a las mujeres, o las personas que padecen una discapacidad.
2. Los derechos relativos al debido proceso: por ejemplo cuando se incumple el acceso a una defensa o a ser oído a una persona con un derecho social ya reconocido.
3. Otros derechos civiles: por ejemplo la afectación del derecho a la salud puede afectar también el derecho a la vida; la afectación del derecho a una vivienda puede afectar también contra el derecho a la privacidad y a la vida familiar; la afectación del derecho a la educación puede afectar también al libre desarrollo de la personalidad.
4. El derecho a la información: por ejemplo la falta de información sobre medidas de aumento de tarifas de servicio público puede violar derechos del consumidor; o la falta de información por parte del empleador sobre medidas de reestructuración de la empresa puede afectar derechos de los trabajadores.

Con todo lo señalado, podemos concluir afirmando que el sentido último de los derechos sociales es el de equiparar las oportunidades de las personas o grupos sociales que se encuentran en peor situación, o visto de otra manera, el de garantizar condiciones de vida dignas, especialmente a aquellos grupos sociales peor situados socialmente.

Esto supone la posibilidad de llevar a cabo políticas de igualdad que impliquen una diferenciación. Y este tratamiento diferenciado tendrá como finalidad en ocasiones restituir la igualdad y en otras erradicar la discriminación. En cualquiera de los casos es imprescindible resaltar que la igualdad formal y la igualdad material no son irreconciliables en esta satisfacción de los derechos sociales, al contrario, su armonización posibilita el ejercicio y garantía de los derechos sociales, implicando además que sean exigibles y justiciables.