

## **Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria**

Carlos Bernal Pulido \*

### I. El planteamiento de Atria

Sostiene Fernando Atria que la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos, si se entiende “por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término”<sup>1</sup>. “Si queremos evitar esta conclusión – agrega – debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos”<sup>2</sup>. Atria fundamenta esta tesis escéptica sobre el concepto jurídico de los derechos sociales en la siguiente línea argumentativa:

1. El punto de partida es una perspectiva historicista del concepto de derecho subjetivo. Esta perspectiva enfatiza que los derechos subjetivos surgieron en la modernidad en la forma de derechos “civiles y políticos”<sup>3</sup> de índole liberal.

En su versión original, estos derechos se caracterizaban por ser: (a) individuales (su único titular era el individuo), (b) naturales (su existencia era previa a la de la comunidad), y (c) por ejercerse contra una comunidad política constituida de modo artificial, (d) para que ésta no los pusiera en peligro y (e) los protegiera de los ataques de terceros<sup>4</sup>.

Asimismo, en esta concepción liberal de los derechos subjetivos, “las obligaciones de los demás (incluido el Estado) y los derechos del

---

\* Profesor de teoría jurídica y derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá).

<sup>1</sup> F. Atria, ¿Existen derechos sociales?, en este mismo número, p. 15.

<sup>2</sup> *Ibíd.*

<sup>3</sup> P. 16

<sup>4</sup> P. 17

agente son correlativos, pero la prioridad normativa corresponde a los derechos”<sup>5</sup>. En otras palabras, (f) el derecho subjetivo de un titular es correlativo al deber<sup>6</sup> del destinatario, pero, en todo caso, el derecho subjetivo tiene “prioridad normativa” sobre este deber. Esta prioridad “no es conceptual sino sustantiva”<sup>7</sup>. Lo sustantivo consiste en que, como señala Marshall, “el incentivo que funciona en el sistema de libre contrato del mercado abierto es el beneficio personal”<sup>8</sup>. Esto quiere decir, (g) que el fundamento del sistema jurídico de la visión liberal de los derechos es el beneficio personal o el “auto interés”<sup>9</sup>.

Junto a lo anterior, en esta visión liberal, los derechos se conciben de una forma unilateral (h). Esta visión toma “al individuo aislado de la comunidad” y deja fuera de consideración “al individuo situado”<sup>10</sup>. Como consecuencia, el catálogo de derechos responde a los rasgos naturales del individuo y “el hecho de vivir en comunidad no [es] fuente de derecho alguno”. Asimismo, gracias al carácter unilateral, el contenido de los derechos está determinado. En este sentido: “la especificación completa del contenido del aspecto *activo* de estos derechos *es al mismo tiempo* una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo: al determinar quién tiene derecho a qué queda también determinado, tratándose de estos derechos, quién tiene qué deber”<sup>11</sup> (i).

Si sintetizamos todo lo anterior, debemos concluir que los derechos subjetivos liberales eran derechos: (a) individuales, (b) naturales, (c) contra una comunidad artificial, (d) de defensa contra los ataques de ésta, (e) de

---

<sup>5</sup> *Ibíd.* p. 18

<sup>6</sup> Atria utiliza de manera indistinta los conceptos de obligación y de deber. Aquí, por razones de consistencia conceptual, se hablará siempre de deber.

<sup>7</sup> F. Atria, *¿Existen derechos sociales?*, 2004, p. 18, nota de pie 9.

<sup>8</sup> T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Mass., 1992, p 74. Marshall continúa: “el [incentivo] que corresponde a los derechos sociales es el deber público”

<sup>9</sup> F. Atria, *¿Existen derechos sociales?*, 2004, 18.

<sup>10</sup> *Ibíd.* Pag. 19

<sup>11</sup> *Ibíd.* p. 19. El énfasis de la cita es de Atria. Este autor agrega: “Los derechos de primera generación pueden ser concebidos como naturales, porque para especificar su contenido tanto activo como pasivo es suficiente atender a la posición del individuo aislado”. Debemos anticipar que esta afirmación no parece plausible. ¿Cómo puede acaso especificarse el contenido pasivo de una libertad, sin presuponer la existencia de otros individuos capaces de vulnerarla y sin presuponer algunos posibles tipos de vulneraciones? Esta pregunta muestra que la especificación del contenido de los derechos de primera generación también supone un individuo “situado”.

protección contra los ataques de terceros, (f) correlativos a deberes, pero prioritarios a ellos, (g) fundamentados en el interés propio, (h) unilaterales y (j) determinados.

2. A esta visión liberal de los derechos subjetivos, Atria contraponen la concepción socialista, que presenta los derechos subjetivos en forma de derechos sociales. Entendidos como derechos sociales, los factores característicos del concepto de derechos subjetivos adquirirían una dimensión diferente.

Los elementos (d) y (e) se transformarían, porque el objeto de la prestación de los derechos subjetivos ya no sería la defensa frente a los ataques de la comunidad o de terceros, sino la búsqueda de “una forma de vida propiamente humana, en la que cada uno ahora puede relacionarse con los otros”<sup>12</sup>.

A su vez, esta transformación sería reflejo de un cambio de más profundo calado en el elemento (g), es decir, el fundamento del sistema jurídico en que se enmarcan los derechos. Este fundamento ya no sería el “auto interés”, sino la idea de “solidaridad”<sup>13</sup>. Esta idea, que se entendería con el lema “de cada cual de acuerdo con sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades”<sup>14</sup>, enfatizaría “la obligación comunitaria de atender al bienestar de cada uno de sus miembros”<sup>15</sup>. Por lo tanto, también variaría el elemento (f): en la correlación entre el derecho y la obligación, la prioridad “normativa” o “justificatoria” correspondería al deber y no al derecho<sup>16</sup>.

De manera análoga, entendidos como derechos sociales, los derechos subjetivos perderían su carácter unilateral (h) - pues los individuos ya no se observarían aislados, sino en comunidad -, con las consecuencias que ello implica. La más relevante se refiere a la indeterminación del contenido del derecho (i). En los derechos sociales, “la especificación del contenido de su aspecto activo no constituye una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo, ni cuál es el contenido de su obligación; ella no incluye información sobre quién es el sujeto obligado”<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> Ibíd. p. 17

<sup>13</sup> Ibíd. p. 18

<sup>14</sup> Ibíd.

<sup>15</sup> Ibíd.

<sup>16</sup> Ibíd.

<sup>17</sup> Ibíd. p. 20

En síntesis, a diferencia de los derechos civiles y políticos de tradición liberal, los derechos sociales pretenderían “una forma de vida propiamente humana, en la que cada uno ahora puede relacionarse con los otros” (d y e), con base en el principio de solidaridad (g); además, serían secundarios frente a sus deberes correlativos (f), y no serían unilaterales (h), ni determinados (i).

3. De acuerdo con Atria, para que sus reivindicaciones pudiesen calar en el discurso liberal, los socialistas se vieron forzados a formularlas en forma de derechos. De lo contrario, habrían sido consideradas como intereses de menor rango, que habrían tenido que ceder en toda colisión con los derechos liberales. En aquél entonces primaba la concepción de que los derechos subjetivos eran razones excluyentes frente a otras y, por tanto, los derechos liberales sólo podrían ser limitados por otros derechos.

Esta estrategia argumentativa del socialismo tuvo éxito, sobre todo porque consiguió hacer valer que la aceptación de la existencia de un derecho a recibir la provisión de un mínimo de condiciones materiales, era una condición indispensable para que las libertades no se entendiesen de una manera sólo formal y “sustancialmente vacía”<sup>18</sup>.

4. Sin embargo, Atria sostiene que existe una diferencia meridiana en la forma en que los liberales y los socialistas conciben los derechos sociales. En la concepción liberal, al igual que los derechos liberales, estos derechos se fundan en el interés propio y son “una especie de seguro que cada agente toma para precaverse de la posibilidad de encontrarse descubierto y necesitado”<sup>19</sup>. Por esta razón, no son derechos a “una forma de vida propiamente humana” dentro de una sociedad más igualitaria, sino derechos a un mínimo de bienestar que defienda al individuo de la pobreza y que lo ubique en una situación mejor que aquella que tenía en el estado de naturaleza<sup>20</sup>. En cambio, cuando se observan desde la concepción socialista, los derechos sociales ante todo persiguen la “reducción de las desigualdades de clase”. “Son una manifestación de una forma superior de comunidad, una en que cada uno

---

<sup>18</sup> Ibid. p. 27

<sup>19</sup> Ibid. p. 31

<sup>20</sup> Ibid.

contribuye de acuerdo a sus capacidades y recibe de acuerdo a sus necesidades”<sup>21</sup>.

5. En este punto de su argumentación, Atria introduce su “noción política de derechos”, de la que más adelante se servirá para explicar el que en su opinión constituye el único sentido plausible de los derechos sociales. De acuerdo con este autor, en sus orígenes los derechos no se entendían en un sentido jurídico, como derechos subjetivos, sino en un sentido político, como bienes especialmente importantes, cuya protección legitimaba la existencia del Estado. “El sentido político de la expresión ‘w tiene derecho (humano, natural, etc.) a x’ puede perfectamente ser ‘un Estado es ilegítimo, y su autoridad se basa en su sola fuerza, si no asegura a w el goce de x’”<sup>22</sup>. Este sentido político no es correlativo al sentido jurídico. La atribución a w de un derecho subjetivo a x es sólo una manera de garantizar que w pueda gozar de x en la práctica.

6. Atria advierte que esta noción política de los derechos nada hoy día contra la corriente. La tendencia en boga parece desprestigiar el entendimiento de los derechos en un sentido únicamente político y les atribuye todas las connotaciones de los derechos subjetivos en sentido jurídico, en especial la exigibilidad. Sin embargo, Atria argumenta que esta tendencia implica diversas consecuencias inconvenientes y graves. Entre ellas destaca el desplazamiento de la deliberación política sobre la manera de garantizar los derechos desde los parlamentos hacia las cortes (sobre todo en Latinoamérica)<sup>23</sup>. Este desplazamiento es síntoma de la sujeción de la política al derecho<sup>24</sup>, de la pérdida de neutralidad y autonomía por parte de este último y del traslado al ámbito jurídico de la lucha entre las ideologías. Es así como los ideales de izquierda y de derecha se erigen como estrategias interpretativas de los significados jurídicos de los derechos<sup>25</sup>.

7. En atención a estas transformaciones y a todo lo hasta aquí expuesto, Atria intenta mostrar que la expresión derechos sociales, entendida en la concepción socialista en la que este autor centra exclusivamente su análisis<sup>26</sup>, es una

---

<sup>21</sup> *Ibíd.* p. 32

<sup>22</sup> *Ibíd.* Pag. 33. El énfasis es de Atria.

<sup>23</sup> *Ibíd.* p. 34

<sup>24</sup> *Ibíd.* p. 35

<sup>25</sup> *Ibíd.* p. 35

<sup>26</sup> *Cfr. Ibíd.* p. 37, nota de pie 74.

contradicción, y que esta contradicción se deriva de la tensión que se presenta entre la “sustancia contingente” y la “forma necesaria de operación” de estos derechos. Con fundamento en el análisis de las consideraciones de Prieto Sanchís - en el caso español - y de Abramovich, Courtis y Rosenkrantz - en el caso argentino -, Atria defiende que por la propia “naturaleza” del concepto de derecho subjetivo y de su característica principal: la exigibilidad, los derechos sociales no pueden ser concebidos como derechos subjetivos, pues escapan a la forma de protección judicialmente exigible que es propia de los derechos civiles y políticos<sup>27</sup>. En efecto, “los derechos sociales no pueden ser completamente exigibles, porque en una medida importante ellos dependen de sistemas que el juez no puede, por el tipo de cargo que ocupa, crear”<sup>28</sup>. Estos sistemas son actividades de dirección de la economía, que van desde la planeación y la previsión del presupuesto hasta su ejecución.

A lo anterior se suma que la exigencia judicial de un derecho social implica negar la idea socialista que les sirve de fundamento, es decir, la creación de una forma superior de comunidad. Esta negación se produce, porque la demanda que un individuo hace al Estado para que éste satisfaga una necesidad protegida por un derecho social, es una pretensión del demandante de que “su interés sea atendido, aún a costa del interés de los demás”<sup>29</sup>. De este modo, el fundamento de la pretensión es el interés propio y no la solidaridad.

8. Por estas razones, Atria parece estar de acuerdo con Rosenkrantz, cuando sostiene que la consideración de los derechos sociales como derechos subjetivos puede hacer perder legitimidad a todo el sistema de derechos fundamentales. Si no es posible exigir judicialmente los derechos sociales y si además el Estado no puede satisfacer todas las pretensiones que implican, estos derechos están condenados a “mantenerse como una promesa incumplida”. El efecto perverso de este fenómeno es la devaluación de “las otras promesas que el derecho hace, en particular la promesa de defender los derechos civiles y políticos”<sup>30</sup>. Sin embargo, Atria se separa de

---

<sup>27</sup> Ibid. p. 42

<sup>28</sup> Ibid. p. 44

<sup>29</sup> Ibid. p. 46

<sup>30</sup> Ibid. p. 46

Ronsenkrantz, pues no está de acuerdo en que la consecuencia de esta argumentación deba ser la exclusión de los derechos sociales de los textos constitucionales. Atria, por el contrario, aboga por mantener la constitucionalización de estos derechos, pero propone entenderlos únicamente en su sentido político, es decir, en el sentido “primario”<sup>31</sup> en que fueron invocados todos los derechos en la modernidad, como objetivos de importancia para el Estado, como “un aspecto central de la forma en que la comunidad entiende su responsabilidad de asegurar la igual ciudadanía de cada uno”<sup>32</sup>.

De este modo, además se evitaría la contradicción entre la exigibilidad como modo operativo de los derechos sociales y el fundamento de estos, es decir, la idea de comunidad socialista fundada en el principio de solidaridad<sup>33</sup>. Este principio excluiría la tutela judicial del interés propio y la imposición de un deber jurídico correlativo; tendría en cuenta que la solidaridad “no puede ser jurificada sin ser desnaturalizada”<sup>34</sup>

## II. Análisis de los planteamientos de Atria

Los ocho puntos en que pueden ser sintetizados los planteamientos de Atria se refieren a tres aspectos: el fundamento, el concepto y la estructura de los derechos sociales. A continuación es pertinente referirse a cada uno de estos aspectos, para intentar mostrar que la tesis de Atria sobre el entendimiento político y no jurídico de los derechos sociales no parece ser una tesis plausible.

### 1. El fundamento de los derechos sociales

Atria tiene razón cuando afirma que para entender el concepto y el alcance de los derechos sociales es indispensable tener presente cuál es su fundamento filosófico-político e ideológico. Todos los derechos fundamentales - tanto los derechos sociales, como los derechos de defensa

---

<sup>31</sup> *Ibíd.* p. 50

<sup>32</sup> *Ibíd.* p. 51

<sup>33</sup> *Ibíd.* p. 52

<sup>34</sup> *Ibíd.*

de tradición liberal, los derechos democráticos, el derecho a la igualdad y los derechos de organización y procedimiento - son una institucionalización de los derechos humanos en el plano constitucional<sup>35</sup>. A su vez, los derechos humanos son ante todo conceptos morales, configurados en el ámbito de la filosofía política, como posiciones que protegen las propiedades básicas del sujeto que le permiten interactuar con dignidad y libertad en una sociedad bien organizada.

Es en este sentido, por ejemplo, en que Rawls afirma que toda sociedad bien organizada debe proteger dos facultades morales que resumen las posiciones básicas de cada individuo. La primera facultad moral consiste en la aptitud de tener un sentido de la justicia -capacidad de ser “razonable” en el léxico de este autor-<sup>36</sup>. Por su parte, la segunda facultad se define como la “capacidad para albergar una concepción del bien” -capacidad de ser “racional”<sup>37</sup>-. La primera facultad moral se identifica con la disposición humana para tomar parte de manera consciente en la cooperación social. La segunda facultad moral, en cambio, se refiere a la capacidad de proponerse objetivos y de “perseguir una concepción de lo que consideramos que en la vida vale la pena”<sup>38</sup>; se trata del talento del individuo para imaginar lo bueno. Estas dos facultades serían la fundamentación filosófico - política de los derechos democráticos y de las libertades. Mientras la primera facultad moral se protegería meditante las posiciones adscritas a los derechos democráticos, las libertades protegerían la segunda. Por consiguiente, la Constitución de toda sociedad bien organizada debería institucionalizar los derechos democráticos y las libertades para proteger las dos facultades morales del individuo.

Una concepción similar proponen Jürgen Habermas y Klaus Günther, cuando sostienen que toda Constitución que establezca un Estado democrático, debe institucionalizar los derechos democráticos y las libertades, a fin de proteger las propiedades básicas implícitas en la capacidad de discernimiento

---

<sup>35</sup> Cfr. R. Alexy, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático”, *Derechos y libertades*, núm. 8, 2000, p. 12 y s.

<sup>36</sup> J. Rawls, *El liberalismo político*, Grijalbo - Mondadori, Barcelona, 1996, p. 49 y 338.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 338.

<sup>38</sup> *Ibid.*

del individuo (la “Zurechnungsfähigkeit”), propiedades que definirían el perfil de la persona presupuesta por el principio de discurso<sup>39</sup>.

Es posible desarrollar una fundamentación análoga de los derechos sociales. De hecho, es en este sentido en que Atria defiende que, en la concepción socialista, los derechos sociales se fundamentan en el ideal de construir una “forma de vida propiamente humana” con base en el principio de solidaridad. Sin embargo, en este punto surgen dos problemas: uno en la fundamentación socialista de los derechos sociales y otro en la propia concepción de Atria. El problema de la concepción socialista, bien identificado por Atria, consiste en no fundamentar los derechos sociales en el imperativo de proteger posiciones subjetivas, sino en un ideal colectivo: la construcción de una sociedad más igualitaria basada en el principio de solidaridad. Por definición, los derechos subjetivos protegen posiciones subjetivas individuales. Las consecuencias colectivas que se deriven de esta circunstancia, sólo pueden considerarse como efectos indirectos, colaterales, pero de ninguna manera como el fundamento mismo de los derechos. Un elemento común a cualquier teoría sobre la fundamentación de los derechos subjetivos consiste en que su punto de partida es siempre una posición del individuo: la voluntad, el interés, una combinación entre estos dos fenómenos, las facultades morales de la persona, expuestas por Rawls, o la capacidad de discernimiento, aludida por Habermas y Günther. Desde luego, la protección de estos elementos fundamentales para los derechos subjetivos tiene mucho que ver con la concepción de la sociedad que cada visión filosófica quiera defender. La fundamentación de Rawls es coherente con su idea de sociedad liberal, así como la construcción Habermasiana lo es con su ideal de Estado Democrático, construido sobre el principio del discurso. No obstante, de ningún modo el ideal colectivo por sí mismo puede ofrecer un fundamento al derecho subjetivo. Antes bien, el derecho subjetivo debe fundamentarse en la posición o las posiciones del individuo que deben ser protegidas, para que éste pueda interactuar dentro de la comunidad y frente a ésta.

---

<sup>39</sup> Cfr. J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa, Tomo II: Crítica de la razón funcionalista*, Taurus, Madrid, 1987, p. 110; Id., *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p. 147 y s.; K. Günther, “Welche Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, en AAVV (H. Brunkhorst y P. Niesen Edts.), *Das Recht der Republik, Suhrkamp*, Frankfurt a. M., 1999, p. 83 y s.

Como consecuencia, nada puede objetarse a la crítica de Atria contra la posibilidad de fundamentar el carácter de derechos subjetivos de los derechos sociales en la concepción socialista. No obstante, el problema de la perspectiva de Atria consiste en derivar de esta crítica una patente de curso para plantear la tesis según la cual, los derechos sociales no pueden considerarse de ninguna manera como derechos subjetivos y sólo pueden tener valor como ideales políticos. Para Atria, de la imposibilidad de fundamentar los derechos sociales como derechos subjetivos en el ideal socialista de construir una “forma de vida propiamente humana”, se deriva la imposibilidad absoluta de fundamentar los derechos sociales como derechos subjetivos<sup>40</sup>.

Este razonamiento sería plausible, si la concepción socialista fuese la única fuente de la cual pudiese emanar una fundamentación para los derechos sociales, o la única fuente verdadera. Sin embargo, esta tesis no es sostenible. La reconstrucción de Atria sobre el surgimiento de los derechos sociales como estrategias del socialismo para hacer valer sus reivindicaciones en el contexto de la sociedad liberal, no es la única manera de entender la razón de ser de estos derechos. Incluso puede decirse que no es pertinente invocar esta reconstrucción historicista para referirse a los derechos sociales, tal como se entienden en el actual constitucionalismo hispanoamericano, porque en este aspecto, las constituciones de España y América Latina no han bebido de la concepción socialista, sino de la concepción que se deriva del principio del Estado Social de Derecho. Y los derechos sociales encuentran en la concepción del Estado Social una fundamentación muy diferente de aquella que les ofrece el socialismo, tal como la ha reconstruido Atria. Esta diferencia

---

<sup>40</sup> En este aspecto, Atria parece querer permanecer muy fiel a la construcción socialista: “... el concepto mismo de derecho subjetivo implica que el interés individual que el derecho protege triunfa (al menos típicamente) frente a las aspiraciones comunitarias. Quien reclama un derecho se separa de la comunidad y afirma su derecho aún en contra de ella si es necesario. Por consiguiente, concebir la política como estructurada fundamentalmente por la idea de derechos subjetivos, por humanos que sean, implica rechazar la idea de una forma de asociación en la cual las personas se relacionan unas con otras no como agentes auto interesados sino unidos por vínculos de solidaridad y reciprocidad.” “Por las razones anteriores es que todas las formas de socialización basadas en nociones de solidaridad y reciprocidad no pueden ser juridificadas sin traicionar su significado, es decir, sin ser tergiversadas o destruidas”. F. Atria, “Existen los derechos sociales”, op. cit., p. 52. Sin embargo, esta fidelidad se paga con el altísimo precio de una prematura capitulación en el intento de fundamentar los derechos sociales como derechos subjetivos.

de fundamento deriva de las propias diferencias estructurales existentes entre estos dos modelos de sociedad. Mientras el socialismo se opone por completo al Estado liberal, la doctrina del Estado Social no niega de ningún modo las libertades. Antes bien, como en su momento lo dejaron claro Heller y Lorenz von Stein, en dos de las primeras piezas maestras sobre la teoría del Estado Social<sup>41</sup>, este modelo de Estado no niega las bases del Estado liberal de derecho, sino que propone reformarlas, dejando atrás la separación del Estado con respecto a la sociedad civil, para garantizar a todo individuo los medios necesarios para el ejercicio de las libertades y la dotación de su procura existencial<sup>42</sup>.

Ahora bien, dentro del esquema del Estado Social de Derecho, los derechos sociales pueden fundamentarse de dos formas: de forma independiente o como medios para garantizar el ejercicio real de las libertades.

E. Tugendhat ofrece una notable fundamentación filosófico política de los derechos sociales dentro del concepto del Estado Social de Derecho. La idea central de Tugendhat señala que, para responder la pregunta acerca de qué derechos debe tener una persona, “sólo puede ser fundamental el concepto de necesidad”<sup>43</sup>. De acuerdo con este autor, los derechos fundamentales establecen reglas de cooperación social que trazan las condiciones en las cuales se desarrollan los vínculos entre los individuos y entre éstos y el Estado. El contenido de estas reglas de cooperación no es inmutable, sino que se asigna en cada época, de acuerdo con los valores e intereses predominantes o de conformidad con las reivindicaciones que se imponen como resultado de las luchas sociales. De esta manera, se entiende que la convicción liberal, según la cual los derechos fundamentales se traducen únicamente en deberes estatales de abstención, no es sino un reflejo del pensamiento burgués que echa sus raíces en el contractualismo ilustrado<sup>44</sup>. El pensamiento burgués

---

<sup>41</sup> H. Heller, “¿Estado de derecho o dictadura?”, en Id., *Escritos políticos*, Alianza Universidad, Madrid, 1985, p. 283 y s. L. von Stein, *The History of the Social Movement in France, 1789 - 1850*, The Bedminster Press, Totowa - New Jersey, 1964, p. 86. (Esta obra tiene una traducción parcial al castellano bajo el título: *Movimientos sociales y Monarquía*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957).

<sup>42</sup> Cfr. Sobre el concepto de procura existencial: E. Forsthoff, “*Problemas constitucionales del Estado Social*”, en AA.VV., *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 43 y sig.; M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 26 y s.

<sup>43</sup> E. Tugendhat, *Lecciones de ética*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 344 y s.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 321 y s.

presupone que la sociedad está integrada por individuos dotados de un elevado grado de poder; de adultos, aptos para el trabajo, capaces de satisfacer por sí mismos sus necesidades y de emprender proyectos útiles para sus intereses. La única necesidad que tiene este conjunto de individuos, exitosos y autónomos en sentido kantiano, es la de protegerse de los ataques externos. El credo en la autosuficiencia del hombre permite fundamentar un sistema de derechos compuesto exclusivamente por obligaciones de abstención, que busca proteger al sujeto de toda intervención exterior.

Tugendhat se esfuerza por mostrar que esta idealización de la sociedad presupuesta por el liberalismo no se compadece con la circunstancia real de que “grandes sectores de la comunidad no pueden valerse por sí mismos”<sup>45</sup>. El sistema de derechos fundamentales no puede sostenerse sobre la presunción errada de que la sociedad está conformada enteramente por individuos capaces, autónomos y autosuficientes, que además intervienen en condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas. Es imperioso reconocer que el liberalismo presupone más individuos capaces de ser ciudadanos libres, de los que existen en la práctica.

Ante este desfase de la concepción burguesa, Tugendhat sugiere construir un sistema de derechos fundamentales que se arraigue en el concepto de necesidad. La idea de necesidades inherentes al hombre no es por entero incompatible con el liberalismo. Por esta razón, puede enmarcarse dentro del Estado Social de Derecho. Detrás de las nociones de libertad negativa y de autonomía, que fundamentan la concreción de los derechos fundamentales en deberes de abstención, subyace también el reconocimiento de que el individuo tiene la necesidad de elegir y de decidir su propio rumbo. Ejercer la libertad es también una necesidad humana. No obstante, la idea de necesidad se extiende sobre otros planos, soslayados por el pensamiento burgués. Esta idea pone de relieve que la situación de carencia de los bienes indispensables para subsistir y para ejercer las libertades, en que se encuentran vastos sectores de la población de los Estados, es un hecho de relevancia social. Ninguna sociedad que pretenda buscar la justicia puede dejar la satisfacción de las necesidades básicas, que comienzan por la alimentación<sup>46</sup>, a los resultados del azar económico.

---

<sup>45</sup> Ibid., p. 338 y s.

<sup>46</sup> Cfr. Una fundamentación independiente del derecho a recibir una alimentación básica en: A. K. Sen, *El derecho a no tener hambre*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

De lo anterior se sigue que el imperativo de satisfacer las necesidades básicas de toda la población da origen a ciertas reglas de cooperación que también integran el contenido de los derechos fundamentales. Estas reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad<sup>47</sup>, conforman los derechos fundamentales sociales y prescriben deberes de actuar que tienen un doble efecto de irradiación<sup>48</sup>. Dichos deberes se proyectan en primer lugar sobre el propio afectado - a quien su status inicial como persona autónoma impone una obligación de autoayuda -, y sobre sus familiares y allegados, quienes tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho. Sin embargo, si estos deberes positivos no pueden ser satisfechos en esta primera instancia, se traspasan, de modo subsidiario, a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, que se reúnen en el Estado para procurar el correspondiente deber prestacional que satisfará el derecho social<sup>49</sup>.

La doble irradiación de los deberes que emanan de los derechos sociales, defendida por Tugendhat, reviste la ventaja de que concilia el imperativo de satisfacer las necesidades básicas de cada individuo, con su consideración como sujeto autónomo y capaz. De esta manera, a su vez, los derechos sociales se hacen compatibles con las libertades dentro del marco del Estado. La doble irradiación indica además cuál es el enfoque preferente que deben adoptar las prestaciones estatales tendientes a satisfacer los derechos sociales.

---

<sup>47</sup> Al igual que F. Atria, M. Borgetto ha señalado que el principio de solidaridad cumple la función de fundamentar en alguna medida ciertos derechos sociales. En esta dimensión, la solidaridad se entiende como un “*deber colectivo de ayuda mutua*”, como un “*verdadero principio de acción política*”. En: *La notion de Fraternité en Droit Public Français*, LGDJ, París, 1993, p. 398. En el mismo sentido: G. Peces – Barba ha sostenido que la solidaridad es un “*valor que está a la raíz de algunos de los derechos económicos, sociales y culturales y también de nuevos derechos, como los referidos al medio ambiente*”. En: *Curso de derechos fundamentales, teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, p. 208, 209 y 213. Igualmente, A. Weber, “L’État social et les droits sociaux en RFA”, *Revue Française de Droit Constitutionnelle*, núm. 24, 1995, p. 678. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el principio de solidaridad no puede considerarse como un fundamento autónomo de los derechos sociales. Este principio fundamenta los deberes de mutua ayuda. Pero, para poder fundamentar los derechos sociales, este principio debe sumarse al concepto de necesidades básicas que enfatiza las posiciones subjetivas del individuo.

<sup>48</sup> E. Tugendhat, *Lecciones...*, op. cit., p. 341 y s.

<sup>49</sup> Del mismo modo, J. J. Gomes Canotilho ha hecho ver que el imperativo que se desprende de los derechos sociales, vincula a todos los miembros de la sociedad, y se hace efectivo sobre todo por los contribuyentes, quienes proporcionan al Estado los recursos necesarios para atender las prestaciones correspondientes. En: “Metodología “Fuzzy” y “Camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 39 y s.

Estas prestaciones deben intentar de manera prioritaria brindar a la persona las condiciones necesarias para que se ayude a sí misma, para que pueda velar por su propia subsistencia. Por esta razón, en lo posible, las prestaciones públicas deben ser temporales y deben estar encauzadas a conseguir que los sujetos beneficiarios desarrollen su propia autonomía<sup>50</sup>. Asimismo, la concepción de las necesidades básicas muestra que tanto en las libertades como en los derechos sociales, los derechos tienen prioridad frente a los deberes. Así como la necesidad del individuo de ejercer su libertad fundamenta el correlativo deber de abstención del Estado y de los particulares, la necesidad individual de disponer de la procura existencial y de los bienes mínimos para ejercer la libertad fundamenta el correlativo deber de prestación, también a cargo de los demás individuos y, en última instancia, del Estado.

Mediante el concepto de persona como sujeto titular de un conjunto de necesidades, Tugendhat ofrece una fundamentación independiente de los derechos sociales. Una fundamentación independiente es aquella que considera los derechos sociales como fines en sí mismos, y no meramente como presupuestos o medios indispensables para el ejercicio de las libertades o de los derechos políticos. Es bien sabido que justamente este tipo de fundamentación instrumental de los derechos sociales ha prevalecido en la filosofía política y en la dogmática constitucional. Alexy ha sostenido, por ejemplo, que “el argumento principal a favor de los derechos fundamentales sociales es un argumento de libertad”. Según este autor, el argumento de libertad señala, en primer lugar, que “la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor”<sup>51</sup>; y en segundo término, que “bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un ámbito vital dominado por ellos, sino que depende esencialmente de actividades estatales”<sup>52</sup>. En otros términos, Alexy resalta que la satisfacción por parte del Estado de las necesidades aparejadas a los

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>51</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 486.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pág. 487.

derechos sociales representa un medio indispensable para el ejercicio de la libertad jurídica. En razón de este nexo instrumental, concluye, debe considerarse que la libertad jurídica se amplía e incluye a los derechos sociales en su ámbito garantizado, o sea, que los derechos sociales deben ser considerados como derechos fundamentales en virtud de su función a favor de la libertad. Del mismo modo, Böckenförde<sup>53</sup> ha apuntado que los derechos fundamentales sociales encuentran su justificación “ciertamente no como contra-principio frente a los derechos fundamentales de libertad, sino a partir del propio principio del aseguramiento de la libertad”: “Si la libertad jurídica -ha escrito este autor- debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización”.

Del mismo modo, otros autores han reivindicado la fundamentación de los derechos sociales como medios no sólo para el ejercicio de las libertades, sino también de los derechos políticos. Únicamente a título de ejemplo, valga traer a colación el papel que los derechos sociales juegan en la concepción de Habermas, como medios para el disfrute en condiciones de igualdad de los derechos individuales y políticos<sup>54</sup>. Asimismo, Gomes Canotilho ha aducido como argumento a favor de la atribución de la mayor fuerza jurídica posible a los derechos sociales, que “por debajo de un cierto nivel de bienestar material, social, de aprendizaje y de educación [que ellos garantizan], las personas no pueden tomar parte en la sociedad como ciudadanos, y mucho menos como ciudadanos iguales”<sup>55</sup> (El énfasis es nuestro).

En contra de estas concepciones instrumentales, Tugendhat sugiere que los derechos sociales deben ser considerados como fines en sí mismos. A juicio de este autor, la idea de que la libertad representa el único fin del sujeto digno de protección en el Estado Constitucional, es una derivación del mito burgués del Estado de naturaleza, en el cual se considera al hombre como un ser dotado de libertad absoluta. La gran deficiencia de este mito

---

<sup>53</sup> E – W. Böckenförde, “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, en Id., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden – Baden, 1993, p. 74.

<sup>54</sup> J. Habermas, *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 189.

<sup>55</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 432.

estriba en que idealiza a un hombre que no existe, a un “Robinson Crusoe”, capaz de subsistir aislado en un mundo sin contacto con los demás, y olvida que “ningún individuo habría podido sobrevivir jamás si no hubiera nacido dentro de una comunidad”<sup>56</sup>. En el mundo real, todos los individuos pasamos por lo menos por una etapa (la niñez), en la cual no somos capaces de velar por nosotros mismos. Esta circunstancia se repite en la vejez y para muchos es una constante durante toda su existencia. Los deberes de solidaridad correlativos a los derechos sociales, que favorecen a quienes no pueden velar por sí mismos, no tienen como fin prioritario patrocinar el ejercicio de la libertad, sino proveer lo necesario para la subsistencia del individuo en condiciones dignas. Según Tugendhat, lo que en realidad importa es reconocer que el hombre tiene determinadas necesidades que le son inherentes, y cuya satisfacción es uno de los fines principales de la comunidad política. Dichas necesidades fundamentan los derechos sociales (que propenden a satisfacer las necesidades materiales, vitales y físicas), los derechos de libertad (que intentan colmar las necesidades que subyacen al ejercicio de la libertad), y los derechos políticos (relativos a las necesidades de cooperación política con los demás individuos). De acuerdo con este autor, entonces, las normas que tipifican los derechos fundamentales sociales no son sólo un medio para la realización de la libertad; dichas normas tienen la finalidad propia de ofrecer a todos los individuos las condiciones mínimas para satisfacer sus necesidades básicas y para sobrellevar una existencia digna. Los derechos fundamentales sociales revisten, en este sentido, el carácter de derechos atribuidos sobre todo a quienes carecen<sup>57</sup>.

No obstante, a nuestro modo de ver, la tesis de la fundamentación independiente defendida por Tugendhat no resulta contradictoria, sino complementaria, con la idea de una fundamentación instrumental de los derechos sociales. Este nexo de complementariedad se produce en razón de que el ámbito de los derechos sociales tiene un contenido bastante amplio, que abarca no sólo las disposiciones tendentes a garantizar un mínimo

---

<sup>56</sup> E. Tugendhat, *Lecciones...*, op. cit., p. 344.

<sup>57</sup> Cfr. G. Peces - Barba “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 28; L. Prieto Sanchís “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, p. 17; y A. Baldasarre, “Los derechos sociales”, *Revista de Derecho del Estado*, núm. 5, 1998, p. 13.

existencial para el individuo, sino también las normas que conforman la dimensión prestacional de las libertades y de los derechos políticos.

## 2. El concepto y la estructura de los derechos sociales

### a. La diferencia entre los derechos sociales y los derechos de libertad

Hasta el momento, entonces, puede concluirse que de la crítica a la fundamentación socialista de los derechos sociales no puede derivarse una negación del carácter jurídico de éstos. Antes bien, este carácter jurídico puede fundamentarse dentro del marco del Estado Social. La idea de satisfacción de las necesidades básicas constituye el pilar de una de las fundamentaciones posibles del concepto jurídico de los derechos sociales dentro de este marco. En este sentido, los derechos sociales que pretenden satisfacer las necesidades básicas del individuo, tienen prioridad frente a los correlativos deberes de solidaridad de los demás individuos y del Estado. A su vez, esta fundamentación independiente es complementaria de la fundamentación liberal de los derechos sociales, como medios para el ejercicio efectivo de las libertades. En este segundo tipo de fundamentación instrumental, también los derechos sociales tienen una prioridad sustantiva frente a los correlativos deberes de prestación.

Si se tiene en cuenta lo anterior, parecen desvanecerse entonces las diferencias aparentemente radicales entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales que Atria advierte. Unos y otros derechos tienen una prioridad sustantiva frente a los deberes correlativos, se enmarcan en el Estado Social, buscan satisfacer las necesidades básicas - los derechos civiles y políticos: la necesidad individual de ejercer la libertad privada y la autonomía política y los derechos sociales la necesidad de disponer de la procura existencial y de los medios para el ejercicio efectivo de las libertades -, presuponen a un individuo situado - porque de lo contrario sería imposible predicar la existencia de deberes correlativos de abstención o de prestación a cargo del destinatario del derecho -, se atribuyen al individuo que se convierte en su titular y se ejercen frente al Estado y los demás particulares, que conforman el espectro de sus destinatarios.

Sin embargo, esto no quiere decir que no existan diferencias estructurales entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos.

No obstante, estas diferencias no radican en ninguno de los elementos mencionados, ni en su indeterminación normativa. Todas las disposiciones que establecen los derechos en una constitución son indeterminadas, en el sentido de que no especifican con claridad el conjunto de las prohibiciones, mandatos, permisos y competencias que prescriben<sup>58</sup>. Esta indeterminación normativa afecta tanto a las libertades, como a los derechos políticos, sociales, procesales y al derecho a la igualdad. Y es por causa de esta indeterminación que frente a todos los derechos fundamentales, como Atria parece advertir sólo en el caso de los derechos sociales, la lucha ideológica se desplaza desde el ámbito de la política hacia la interpretación constitucional, y por consiguiente, desde el Parlamento hacia los Tribunales Constitucionales. Por esta misma razón, estos tribunales asumen competencias extrañas a las concepciones clásicas del poder judicial y ajenas a los modelos originales sobre la jurisdicción constitucional. Abandonan su papel ideal como legisladores negativos y se convierten en verdaderos legisladores positivos<sup>59</sup>.

Más bien, la diferencia específica de los derechos sociales parece estar en la manera en que se determina su objeto: una prestación a cargo del Estado, y en la manera en que se precisa cuándo existe una vulneración de estos derechos. Todos los derechos fundamentales tienen un objeto indeterminado, pero el tipo de indeterminación es distinta en unos y en otros. En los derechos sociales, la indeterminación se presenta porque la disposición que establece el derecho no precisa con claridad en todos los casos, cuál es la prestación mediante la cual se satisface el derecho. Como consecuencia, tampoco aparece determinado qué es lo constitucionalmente contrario a aquello que el derecho exige, es decir, no aparece determinado cuándo se vulnera el derecho social. Esta peculiar indeterminación del objeto no se presenta del mismo modo en los derechos de libertad, por cuanto en estos últimos, la conducta debida es una abstención y lo constitucionalmente contrario al derecho es cualquier tipo de conducta.

---

<sup>58</sup> Cfr. Sobre este tipo de indeterminación de los derechos fundamentales: C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, capítulo I.

<sup>59</sup> Cfr. En el específico caso del derecho a la igualdad: M. González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

b. Cuatro concepciones sobre el concepto y la estructura de los derechos sociales

Esta diferencia estructural entre los derechos sociales y los derechos de libertad ha dado lugar a diversas concepciones sobre el concepto y la estructura de los derechos sociales. Estas concepciones se mueven en un amplio espectro, desde aquellas que, como la de Atria, pregonan la imposibilidad de entender estos derechos en un sentido jurídico y proponen un entendimiento sólo político de ellos, hasta aquellas que intentan hacer viable una concepción como derechos subjetivos y una aplicación jurídica de los derechos sociales.

En una célebre conferencia<sup>60</sup>, P. Häberle hizo ver que los derechos prestacionales exigen un momento activo de configuración. Esta configuración está atribuida en primer lugar al Legislador. Las disposiciones de derechos sociales sólo pueden realizarse con el concurso de leyes de ayuda, de subsidio, de aseguramiento, de organización, de impuestos, de procedimiento, de dirección, de planificación y de fomento<sup>61</sup>. A su vez, estas leyes deben ser ejecutadas por la Administración. El problema que da lugar a las diferentes concepciones sobre los derechos sociales, consiste en establecer si a partir de las disposiciones constitucionales sobre los derechos sociales pueden derivarse verdaderos deberes legislativos y administrativos que se concreten en posiciones subjetivas exigibles judicialmente; o si, por el contrario, en ningún caso pueden determinarse estos deberes y entonces debe concluirse que los derechos sociales únicamente tienen un sentido político, no vinculante para el Legislador y la Administración.

En un intento de síntesis, agruparemos las concepciones más significativas en aquéllas que consideran las disposiciones de derechos sociales como disposiciones programáticas (1), las que conciben estas disposiciones como una fuente de normas de fines del Estado (2), las que entienden los derechos sociales como una fuente de deberes estatales objetivos (3) y las que conciben los derechos sociales como derechos definitivos (4) y derechos prima facie (5)<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> P. Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 30, 1972, p. 43 y s.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 49 y s.

<sup>62</sup> Cfr. Con mayor profundidad sobre estos tipos de teorías: C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 362 y s.

## 1.) Las disposiciones de derechos sociales como disposiciones programáticas

La primera concepción niega el carácter vinculante de las disposiciones de derechos sociales y les otorga sólo la naturaleza de disposiciones programáticas. La tesis de Atria sobre el entendimiento político de los derechos sociales parece defender este punto de vista y, en este sentido, no resulta novedoso. Lo que sí resulta novedoso es que la defensa de este punto de vista se haga compatible con una profunda fidelidad a las doctrinas socialistas. Como se verá, los antecesores de Atria fueron precisamente algunos de los más férreos opositores a las doctrinas socialistas. Así, por ejemplo, según C. Schmitt, sólo en un Estado socialista puede reconocerse al individuo verdaderos derechos sociales, en lugar de derechos de libertad negativa. Por esta razón, a su juicio, las disposiciones de la Constitución de Weimar que establecían estos derechos - derecho al subsidio de desempleo, a la ayuda a familias numerosas, a la maternidad, al arte, a la ciencia, y a la clase media - no podían considerarse como fuente de deberes para el Legislador, sino sólo como programas que éste podría desarrollar a su arbitrio<sup>63</sup>. Esta tesis de Schmitt fue reproducida posteriormente por E. Forsthoff, según quien, a partir de la fórmula Estado Social no pueden derivarse derechos ni deberes jurídicos concretos<sup>64</sup>.

La concepción de las normas de derechos de prestación como normas programáticas les niega cualquier tipo de carácter vinculante frente al Legislador. Correlativamente, niega cualquier expectativa, ventaja o pretensión que pudiera atribuirse al individuo y que pudiera considerarse exigible por vía jurisdiccional. Desde esta perspectiva, las disposiciones de derechos sociales sólo cumplen una función política de fuente de inspiración del contenido de las leyes. Su dimensión jurídica no se proyecta frente a la ley, como ocurre en el caso de las libertades, sino que comienza a partir de la ley. Cuando son entendidos de esta manera, la única consecuencia que se deriva de los derechos sociales en el plano de la legislación, consiste en que

---

<sup>63</sup> C. Schmitt, "Grundrechte und Grundpflichten", en *Id.*, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2ª edición, Berlín, 1973, p. 212 y s.

<sup>64</sup> E. Forsthoff, *El Estado de la Sociedad Industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 258 y s.

sirven de argumento para justificar la restricción legislativa de las libertades. De este modo, los derechos sociales no obligan sino que facultan al Legislador; no le exigen un determinado grado de desarrollo o de realización, sino que lo autorizan para limitar los derechos de libertad, cuando las limitaciones se enderecen a cumplir los objetivos de justicia social.

A esta concepción programática y política de los derechos sociales puede objetarse, por una parte, que considera a la libertad negativa como único objeto digno de protección por parte de los derechos. Como ya hemos mencionado, la concepción de persona subyacente al Estado Social de Derecho reconoce que, junto a la libertad, el individuo tiene ciertas necesidades básicas cuya satisfacción también debe ser garantizada mediante los derechos fundamentales.

Por otra parte, tanto en la versión de Atria como en otras, la concepción programática también se funda en el argumento de la indeterminación. Esta concepción aduce que las disposiciones de derechos sociales prescriben que algunos fines -educación, salud, vivienda digna, trabajo para todos- deben ser procurados o conseguidos por el Estado. No obstante, la realización de estos fines puede llevarse a cabo mediante una infinidad de medios posibles. La Constitución rara vez especifica cuál de estos medios debe ser adoptado por el Legislador, ni la oportunidad en que deben ser llevados a la práctica, así como tampoco señala el grado en que los fines deben ser cumplidos: no determina si se pretende un grado máximo, medio o mínimo de satisfacción de las necesidades del individuo<sup>65</sup>.

Este segundo argumento se sustenta sobre dos premisas verdaderas, de las cuales extrae, sin embargo, una conclusión extrema y por lo tanto insostenible. Es bien cierto que las disposiciones de derechos sociales sólo en pocas ocasiones especifican cuáles son los medios de protección que deben ser adoptados. Con todo, esta circunstancia no tiene capacidad suficiente para justificar una negación de carácter jurídico a estas disposiciones. En todo caso, los derechos, deberes y fines sociales establecidos por la Constitución están prescritos, y como consecuencia, se debe estar de acuerdo en que por lo menos está ordenado por la Constitución al Legislador y a la

---

<sup>65</sup> Sobre este argumento: E - W. Böckenförde, "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", en Id., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, op. cit., p. 65 y s.

Administración adoptar uno de los medios posibles, así como el logro de un nivel mínimo de satisfacción del fin establecido. El problema, no obstante, consiste en determinar cuál de los medios es el prescrito, y correlativamente, en qué se concreta el nivel mínimo de protección que en todo caso la Constitución exige.

A este problema se refiere precisamente el tercer argumento de la tesis de las normas programáticas. Este argumento sostiene que la elección de los medios idóneos para el cumplimiento de los fines prescritos por los derechos sociales y la determinación de la oportunidad más indicada para desplegarlos, le corresponden por entero al Legislador y a la Administración. La adopción de medios o de estrategias en el ámbito social y económico es un asunto político y no de interpretación constitucional. La fijación de medios o estrategias de acción para el logro de los objetivos sociales presupone efectuar una composición de intereses de los grupos que resultan afectados, apropiar recursos financieros para el efecto - que en condiciones normales de escasez de fondos públicos implica decidir acerca de la prioridad de las inversiones presupuestarias<sup>66</sup> - y crear infraestructuras técnicas y burocráticas. Estas decisiones son típicamente políticas. En el marco de una democracia, dichas decisiones sólo pueden ser el resultado de la deliberación y de la concertación entre los interesados y los representantes de la sociedad. Por esta razón, debe considerarse que en este ámbito el Legislador está completamente desvinculado de la Constitución. Sostener lo contrario presupondría conferir al Tribunal Constitucional la potestad de controlar las políticas económicas y sociales. Entonces se produciría en el sistema de poderes un efecto perverso: lo que debe ser el producto de la decisión democrática, se transfiguraría en un objeto de interpretación constitucional. Esta transfiguración se vería afectada por el inconveniente adicional de que, a partir de las fórmulas lapidarias y finalistas de los derechos sociales poco o nada cabe interpretar. Estas disposiciones no llevan al intérprete a ninguna certeza acerca de cuál es la estrategia económica o de fomento social más adecuada para la comunidad en un momento determinado. Por consiguiente, si se abre la puerta a la aplicación jurisdiccional de los derechos sociales, el Tribunal Constitucional no terminaría interpretando la Constitución, sino

---

<sup>66</sup> E – W. Böckenförde, “Teoría e interpretación...”, op. cit., p. 65.

decidiendo acerca de cuáles son los medios que deben ser adoptados para la satisfacción de los objetivos sociales, de la misma forma en que lo haría el Legislador. A su vez, esta usurpación de las competencias legislativas contradiría el principio democrático y el buen funcionamiento del Estado, porque el Tribunal Constitucional está desprovisto de legitimación democrática tomar decisiones políticas y para el efecto carece de los conocimientos acerca de los intereses sociales implicados y de la idoneidad técnica de las estrategias económicas, conocimientos de los cuales sí dispone el Parlamento.

Este tercer argumento es quizás el más importante. Nada hay que objetar a que en un Estado Constitucional el Parlamento es quien debe decidir acerca de las políticas económicas y sociales, y por consiguiente, quien debe elegir los medios propicios para satisfacer las necesidades implícitas en los derechos de prestación. Sin embargo, no parece adecuado considerar que la circunstancia de que el Legislador tenga atribuidas estas competencias, se contradiga abiertamente al reconocer carácter normativo y vinculante a los derechos sociales. El ejercicio de las atribuciones económicas y sociales del Parlamento no goza de un régimen de excepción o de inmunidad con respecto al principio de supremacía de la Constitución, ni en relación con el carácter jurídico de las disposiciones que tipifican los derechos sociales. Entre la competencia legislativa y la vinculación a los derechos sociales, que puede hacer efectiva el Tribunal Constitucional, no se presenta un problema de contradicción lógica; no se trata de un dilema de todo o nada, que se deba zanjar mediante la aceptación de una regla general (la vinculación del Legislador a la Constitución) y una excepción (la desvinculación en cuanto a las regulaciones de los derechos sociales). Más bien se trata de dos magnitudes que dirigen su fuerza en sentido contrario, que no pueden reducirse entre sí por completo y que por tanto deben ser compaginadas. La necesidad de que el Legislador disponga de un amplio margen de acción no despoja a los derechos sociales de toda su fuerza vinculante, como lo pretende la tesis de las normas programáticas, así como la vinculación que emana de estos derechos no puede expropiar absolutamente al Parlamento de su libertad de decisión. El problema, no obstante, es encontrar un modo razonable para articular esta tensión; o en otros términos, para poder definir la vinculación del Parlamento a los derechos sociales, de tal manera que no se haga efímera la libertad de configuración legislativa, que no sea suplantada por un mero decisionismo en cabeza del Tribunal Constitucional.

## 2.) Las disposiciones de derechos sociales como fuente de normas de fines del Estado

Esta segunda concepción intenta precisamente hacer compatible el ámbito legislativo de apreciación con el carácter vinculante característico de las disposiciones constitucionales de derechos sociales. Desde esta perspectiva se entiende que los derechos sociales tienen la estructura de normas de programación final<sup>67</sup>. Las normas de programación final se caracterizan porque, a diferencia de las normas condicionales – las típicas del Derecho –, prescriben al Estado el deber de perseguir o alcanzar un determinado fin, pero no el camino o los medios<sup>68</sup>. Mientras las normas condicionales revisten la estructura “si X, entonces Y”, las normas de programación final adoptan la siguiente forma canónica: “El efecto A debe ser conseguido. Entonces, deben ser adoptados B1 o B2 o B3 etc. como causas (medios) idóneos”<sup>69</sup>.

De acuerdo con la concepción de las normas de programación final, en las constituciones por lo general sólo está tipificada la primera parte del enunciado, es decir, que el fin A debe ser conseguido. La segunda parte, es una consecuencia lógica de la primera. Si existe el deber de alcanzar o contribuir a la consecución de un determinado objetivo, entonces debe deducirse lógicamente que también tiene validez el deber de adoptar los medios pertinentes para el efecto. En las disposiciones de derechos sociales, como ha apuntado I. de Otto, de ordinario sólo se especifica el fin, sin hacer alusión a qué hay que hacer para conseguirlo<sup>70</sup>. Se sabe que algún medio debe ser adoptado, pero no se tiene certeza acerca de cuál es el indicado. Las constituciones dejan abierta la discusión acerca de los medios más idóneos y de la oportunidad precisa para obtener los objetivos trazados. Esta discusión debe llevarse a cabo en el terreno de la política. En dicha discusión son

---

<sup>67</sup> I. de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, cuarta reimpresión, 1995, p. 43.

<sup>68</sup> K - P. Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, p. 356.

<sup>69</sup> N. Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1966, p. 36.

<sup>70</sup> I. de Otto, *Derecho constitucional...*, op. cit., p. 43.

relevantes muchos factores atinentes a las circunstancias fácticas (económicas y políticas) de la sociedad, al grado en que se pretende alcanzar las metas constitucionales, al pronóstico de cuáles pueden ser las mejores estrategias y a la programación de inversiones de recursos.

Es en el seno del Parlamento en donde debe llevarse a cabo una deliberación sobre todos estos factores. Esta es una exigencia del principio democrático, que, sin embargo, no impide reconocer que los derechos prestaciones están dotados de fuerza vinculante. De acuerdo con la teoría de las normas de fines del Estado, dicha fuerza vinculante se agota en el deber del Estado de perseguir el fin prescrito. Así observada, esta concepción se separa de la tesis de las normas programáticas, para la cual, el hecho de que el Legislador no esté vinculado en cuanto a los medios, implica que tampoco lo está en cuanto a los fines. Para la tesis de las normas de fines del Estado, por el contrario, el Legislador está vinculado por la obligación de perseguir el fin constitucionalmente establecido, así tenga plena libertad para decidir acerca de los medios y de la oportunidad para llevarlos a la práctica<sup>71</sup>.

Sin embargo, el problema que se plantea, consiste en compaginar la vinculación del Legislador al fin constitucional con la no vinculación en cuanto a los medios. K – P. Sommermann<sup>72</sup> recurre para el efecto a la noción de contenido esencial. De acuerdo con este autor, en todas las disposiciones de fines del Estado – incluidos los derechos sociales – puede identificarse un “núcleo esencial” vinculante para el Legislador, que constituye el límite de su libertad de configuración. Sommermann sostiene que “si una ley va en contra del contenido esencial del fin, sin que la concreta regulación pueda ser justificada o sustentada en otros valores constitucionales, puede ser declarada inconstitucional en el control de constitucionalidad de las leyes”<sup>73</sup>. Dicho en otros términos, de lo que se trata es de identificar uno o varios

---

<sup>71</sup> K - P. Sommermann, *Staatsziele...*, op. cit., p. 379 y s.

<sup>72</sup> Acerca del carácter de los derechos sociales como fines del Estado, Sommermann sostiene: “*Los derechos sociales no son inmediatamente aplicables, desde la perspectiva constitucional, en su dimensión subjetiva, sino que encuentran su fundamento jurídico en la legislación ordinaria. Un reconocimiento semejante de la dimensión subjetiva de los derechos sociales hace suponer que se entienden garantizados como fines del Estado*”. *Ibid.*, p. 372. Igualmente: E. Denninger, “State Tasks and Human Rights”, *Ratio Iuris*, vol. 12, núm. 1, 1999, p. 8.

<sup>73</sup> K – P. Sommermann, *Staatsziele...*, op. cit., p. 384, 396.

medios que sean indispensables para que el fin pueda realizarse en su contenido esencial. Una vez identificados, debe considerarse que la adopción de estos medios es vinculante para el Legislador. Es por ello que cuando “el contenido esencial de un fin materialmente circunscrito sólo pueda realizarse en definitiva mediante una determinada medida”<sup>74</sup>, la adopción de esta medida resulta obligatoria para el Legislador. En la hipótesis de que exista un único medio, es decir, una única actuación que haga posible realizar el “contenido esencial” del fin, esa actuación está ordenada por la Constitución.

Con todo, esta solución desplaza el problema a otro nivel de discusión. La pregunta es entonces, cómo identificar el “contenido esencial del fin”. Ante este interrogante, Sommermann sólo responde con una petición de principio. Señala que “por el núcleo del fin se entiende el mínimo vinculante también para el Legislador, mientras que por la parte accidental del fin, se entiende el ámbito que está a disposición del Legislador que efectúa la concreción”<sup>75</sup>. Esta es claramente una petición de principio, porque lo que se trata de averiguar es precisamente cuál es el “núcleo del fin”, para establecer así, a qué concretos deberes está vinculado el Legislador. Por otra parte, este autor aporta una indicación bastante evidente: que es más sencillo identificar el contenido esencial de un fin, cuando el fin es “concreto” que cuando es “abstracto”. Cuando el Constituyente ha fijado un fin muy abstracto que el Legislador debe alcanzar, se debe interpretar que ha dejado a la discrecionalidad parlamentaria en una medida muy amplia la configuración que sea pertinente. En estos casos, el contenido esencial del fin aparece de forma muy borrosa. En cambio, cuando las disposiciones de fines del Estado están formuladas de manera más concreta o determinada, tienen efectos vinculantes más intensos sobre el Legislador, su contenido esencial puede identificarse con mayor facilidad. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la Constitución no sólo se refiere a ciertos fines abstractos, sino que los concreta en “subfines” más específicos. En consecuencia, Sommermann concluye que “la apertura del fin es inversamente proporcional a los efectos vinculantes efectivos”, y viceversa, es decir, que la concreción del fin da lugar a que los efectos vinculantes de la norma que lo establecen sean más

---

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 389.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 402.

intensos<sup>76</sup>. A su vez, la abstracción o especificidad de los fines, y el grado de facilidad o de dificultad para determinar su contenido esencial, son dos variables que influyen en la intensidad con la cual el Tribunal Constitucional puede desplegar su control sobre la Legislación. A mayor concreción, mayor facilidad de determinación del contenido esencial y mayor posibilidad e intensidad de control; y en sentido contrario, a menor concreción, un núcleo esencial más volátil y menos posibilidades de ejercer un control intenso<sup>77</sup>.

En este ámbito, es igualmente relevante la pregunta de si el Legislador está obligado a ser activo en relación con los derechos sociales como normas de fines del Estado. Ya ha quedado claro que el fin que estas normas prescriben, resulta obligatorio para el Estado, pero que en la mayoría de los casos, no lo es la adopción de alguno de los específicos medios idóneos para obtenerlo. Sin embargo, subsiste el interrogante de si las normas de fines del Estado generan un determinado deber de actuación, que esté radicado en cabeza del Legislador; es decir, si dichas normas imponen un deber de legislar y, correlativamente, proscriben la parálisis legislativa. De acuerdo con Sommermann, la respuesta debe ser matizada. Casi siempre se ha defendido que no sólo el “cómo”, sino también el “si” y el “cuándo” de la realización de los fines constitucionalmente prescritos, son asuntos que pertenecen con exclusividad al ámbito de configuración legislativa. Para Sommermann, sin embargo, es claro que el “cuándo” no es algo que pueda quedar a la entera discrecionalidad del Legislador, pues las normas que prescriben fines al Estado, ejercen una coacción inmediata sobre los poderes públicos. La inactividad absoluta es inconstitucional<sup>78</sup>.

La reconstrucción de las normas de derechos sociales como normas de fines del Estado presenta varias ventajas en comparación con la tesis de las normas programáticas. En primer lugar, esta concepción hace efectivo el carácter vinculante de dichas disposiciones, por lo menos al reconocer que de ellas emana claramente el deber de perseguir el fin prescrito. Asimismo, enfatiza que, como consecuencia de esta obligación, el Legislador también tiene el deber de adoptar alguna medida encaminada a obtener la finalidad

---

<sup>76</sup> *Ibíd.*, p. 398.

<sup>77</sup> *Ibíd.*

<sup>78</sup> *Ibíd.*

constitucional, y que la inactividad legislativa total es en principio incompatible con la Constitución.

No obstante, esta perspectiva presenta también varios inconvenientes. El mayor de todos resulta de la aplicación del concepto de “núcleo esencial del fin”. En otro lugar he sostenido que la noción de núcleo esencial es sólo un artificio argumentativo que únicamente enmascara el decisionismo<sup>79</sup>. Aquí baste sólo apuntar que la explicación de Sommermann resulta insuficiente para esclarecer de qué manera puede identificar el Tribunal Constitucional la sustancia que constituye el núcleo esencial de un fin contenido en el enunciado de un derecho social. Piénsese por ejemplo en las prestaciones relativas al derecho a la salud. Cualquier participante en la práctica constitucional habrá de ser consciente de las dificultades para precisar cuál es el contenido esencial de los fines: “protección a la salud”, “organizar y tutelar la salud pública”, “fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte”, establecidos, por ejemplo, por el Art. 43 de la Constitución Española. Es bastante complicado concretar ese contenido esencial y, más aún, determinar con precisión cuáles son las medidas legislativas indispensables o las más adecuadas para realizar ese contenido esencial. Si el objetivo consiste, por ejemplo, en que todos los enfermos puedan disponer de un servicio de salud, parece difícil poder extraer del enunciado constitucional información suficiente para precisar qué nivel debe tener ese servicio de salud y cómo debe ser prestado - por ejemplo, mediante la creación de hospitales, mediante la financiación directa de la demanda de salud, etc. -. Esto muestra que Sommermann presupone que los derechos sociales son como una especie de entes individualizados, provistos de un ámbito nuclear claro, susceptible de ser identificado de modo objetivo - del mismo modo en que se observa el núcleo de una célula por el microscopio -, y ligado además intrínsecamente con ciertas medidas políticas. Esta suposición es falsa, tanto para los derechos sociales como para los demás derechos fundamentales.

De lo anterior se concluye que, en definitiva, la concepción de los derechos sociales como normas de fines del Estado no consigue ofrecer una

---

<sup>79</sup> Cfr. C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 400 y s.

respuesta plausible para el interrogante acerca de qué medios de actuación están prescritos como consecuencia lógica de la obligación de realizar el fin establecido por las disposiciones constitucionales. Observado en la forma canónica de estas disposiciones - “El efecto A debe ser conseguido. Entonces, deben ser adoptados B1 o B2 o B3 etc. como causas (medios) idóneos” -, el problema consiste en que esta concepción no logra precisar de qué manera se identifica si los medios B1, B2 o B3 son indispensables para realizar el contenido esencial del efecto A y si, por lo tanto, su adopción resulta obligatoria. Esta circunstancia se presenta, porque tampoco se logra precisar cómo se conoce el contenido esencial del efecto A.

### 3.) Los derechos sociales como mandatos objetivos

La teoría que concibe los derechos sociales como mandatos objetivos pretende ofrecer una solución diversa al problema de cómo identificar los medios o los instrumentos, que resultan obligatorios para el Legislador y para la Administración a partir de los fines prescritos por las disposiciones constitucionales.

Esta tesis ha sido defendida por Böckenförde. De acuerdo con este autor, las disposiciones de derechos sociales se concretan normativamente en mandatos jurídicos objetivos, dirigidos al Legislador y a la Administración<sup>80</sup>. Esta estructura jurídica les viene atribuida a causa de su indeterminación. Los enunciados de derechos sociales necesitan siempre una concreción mediante políticas legislativas. Por esta razón, los tribunales no pueden deducir de ellos interpretativamente pretensiones jurídicas concretas a favor de los particulares. La indeterminación y la necesidad de respetar las competencias del Parlamento imponen prescindir del sujeto activo en la estructura del derecho social, o sea, no atribuir a un titular un derecho subjetivo, que sea el correlato de una pretensión exigible jurisdiccionalmente. Dado que la Constitución no determina con claridad el objeto de la obligación legislativa - los medios de actuación -, no puede otorgarse a ningún sujeto activo la posibilidad de exigir ante los jueces la realización de algún medio específico.

---

<sup>80</sup> E - W. Böckenförde, “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, en Id., *Escritos sobre derechos...*, *op. cit.*, p. 78 y s.

Dicho brevemente: la indeterminación del objeto, implica la exclusión del sujeto activo de la posición jurídica en que se estructura el derecho social.

Como consecuencia de lo anterior, las normas que emanan de los derechos sociales dan lugar a posiciones jurídicas que tienen sólo dos elementos: un sujeto pasivo (el Legislador y la Administración) y un objeto. Sin embargo, Böckenförde admite que, a pesar de esta circunstancia, las normas de derechos sociales no son proposiciones programáticas, sino que ostentan una fuerza vinculante<sup>81</sup>. Según este autor, la vinculación que estas normas generan, se proyecta en tres sentidos. En primer lugar, en cuanto al fin que establecen. Al igual que la tesis de las normas de fines del Estado, Böckenförde reconoce que de los enunciados de derechos prestaciones se deriva en todo caso un deber jurídico - un mandato objetivo - de realizar el fin fijado por la disposición. Dicho fin se sustrae a la libertad legislativa de escoger las finalidades de sus políticas; es un fin prescrito. En segundo lugar, es posible fundamentar un mandato jurídico objetivo que prohíbe “la inactividad y la desatención evidente y grosera del fin o del programa por parte de los órganos del Estado”. Se acepta que la obligatoriedad de la consecución del fin implica la prohibición de no adoptar ningún medio o de adoptar medios tan ineficaces que produzcan una “desatención evidente y grosera del fin”. Por último, según Böckenförde, las disposiciones de derechos sociales contienen igualmente un mandato que prohíbe la supresión definitiva de las medidas legislativas, una vez que han sido adoptadas, o “una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera (del fin)”.

Es pertinente observar que el propio Böckenförde introduce un elemento extraño en su concepción, cuando alude a estos dos últimos sentidos de la vinculación. Este autor señala que estos sentidos de la vinculación que los derechos sociales generan sobre el legislador (la desatención evidente y la reducción que implique llegar a dicho nivel) también disponen de una vertiente jurídico-subjetiva. Ellos dan lugar a “pretensiones de defensa de los particulares afectados frente a una inactividad, una desatención grosera o una supresión definitiva de las medidas adoptadas en la ejecución del mandato constitucional”. No obstante, para este autor, dichas pretensiones no consisten

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 80 y s.

en un poder jurídico de un sujeto activo, que tenga por objeto una prestación, sino que se articulan como una peculiar especie de pretensiones de defensa, propias de los derechos de libertad: “Tales pretensiones - sostiene Böckenförde - están relacionadas con las pretensiones de defensa frente a la discrecionalidad: no se dirigen, al igual que éstas, en todo caso a un determinado hacer positivo, sino a la defensa frente a las violaciones de los límites y vinculaciones trazados al campo de juego político de los órganos estatales por parte de los mandatos constitucionales”<sup>82</sup>.

Esta reconstrucción del carácter normativo de los enunciados de derechos sociales como mandatos jurídicos objetivos, tiene la virtud de que ofrece por lo menos un criterio para poder identificar cuáles son los medios que resultan obligatorios para el Legislador. Ese criterio está compuesto por los siguientes elementos. En primer lugar, por la prohibición de inactividad absoluta, la cual implica la prohibición de no adoptar ningún medio idóneo para conseguir el fin previsto en la disposición constitucional. En segundo lugar, Böckenförde introduce el concepto de “desatención evidente y grosera del fin o del programa”. Este elemento hace alusión a que a las disposiciones de derechos sociales se puede adscribir, igualmente, una norma que prohíbe adoptar medios tan inicuos o irrisorios que generen “una desatención evidente y grosera del fin”. Por último, el tercer elemento consiste en la prohibición de suprimir las medidas legislativas que tienden a realizar el fin constitucionalmente prescrito, una vez que han sido adoptadas y en la prohibición de hacer operar sobre ellas “una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera (del fin)”. Este elemento alude a la conocida prohibición de retroceso social.

A pesar de estas contribuciones, la concepción de Böckenförde está afectada por varios inconvenientes. Por una parte, la idea de mandato jurídico objetivo no parece estar dotada de una consistencia estructural aceptable. Esta noción es el producto de una síntesis de dos categorías jurídicas que se sitúan en polos opuestos: las normas programáticas, y las posiciones jurídicas en que se concretan los derechos subjetivos y que, como también Atria acepta en su texto, se componen de un titular, un destinatario y un objeto. Los

---

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 81.

mandatos jurídicos objetivos toman algunos elementos de las posiciones jurídicas, como por ejemplo, el carácter jurídico que atribuyen al nexo que une a un destinatario (el Legislador y la Administración) con un objeto (la actuación en fomento del fin). A su vez, de las normas programáticas toman la inexistencia de un sujeto activo dotado de una pretensión jurisdiccionalmente exigible. De esta combinación surge un concepto ecléctico que alberga una paradoja irreducible: el mandato objetivo. La paradoja de este mandato objetivo radica en que su cumplimiento no puede ser exigido en el marco del Derecho. La relación entre el Legislador o la Administración y el objeto no puede ser considerada como una relación jurídica en el sentido estricto de la expresión, porque su incumplimiento está desprovisto de coacción, porque nadie estaría legitimado para hacerla efectiva. El deber legislativo que se desprende de los mandatos jurídicos objetivos debe catalogarse entonces como un deber meramente moral o político, pero en todo caso, no como un deber exigible, ni controlable ante los tribunales, como es propio de los deberes jurídicos. Böckenförde es bastante consciente de este hecho. Por esta razón, acepta - sin importarle incluso acaso contradecirse - que la prohibición de inactividad absoluta, la prohibición de adoptar medios enteramente ineficaces y la prohibición de suprimir por entero las medidas legislativas adoptadas, no se estructuran como mandatos objetivos, sino como relaciones triádicas de defensa en contra de la arbitrariedad. Sin embargo, el problema de esta salida escurridiza estriba en que sólo metafóricamente puede sostenerse que estas relaciones son posiciones de defensa, que tienen por objeto una abstención: la prohibición de actuaciones arbitrarias. Esta afirmación es sólo metafóricamente posible, porque hace alusión a la obligación muy general que pesa sobre el Legislador de abstenerse de incumplir el Derecho de manera arbitraria. Sólo mediante un lenguaje muy cargado de retórica se puede sostener que el Legislador incumple arbitrariamente el Derecho, cuando no lleva a cabo la prestación que es objeto de una obligación positiva, y de este modo, desatiende por entero una finalidad tipificada por los derechos sociales. Las relaciones triádicas que esquematiza Böckenförde son auténticas posiciones jurídicas de prestación.

Además de lo anterior, a la tesis de Böckenförde cabe oponer dos objeciones adicionales. En primer término, esta concepción no logra fundamentar adecuadamente por qué se suprime la figura del sujeto activo

en la estructura de las posiciones jurídicas en que se concretan los derechos sociales. Como hemos visto, el único argumento que se aduce es la indeterminación del objeto de la pretensión. Este argumento se desarrolla de la siguiente forma: los derechos sociales prescriben sólo fines y no las medidas legislativas concretas para alcanzarlos. Estas medidas legislativas son el objeto de la prestación de las relaciones jurídicas que se derivan de estos derechos; entonces, dado que el objeto es indeterminado, debe eliminarse la posibilidad de atribuir al sujeto activo cualquier derecho o pretensión exigible, porque si se le atribuyese una pretensión exigible, sería el juez quien tendría que concretar el objeto, lo cual contradice el principio de que en una democracia, la concreción del objeto de las obligaciones que se desprenden de los derechos sociales corresponde sobre todo al Legislador.

Si se observa con detenimiento, este argumento parte de un supuesto bastante extremo e insostenible: que en ningún caso el juez tiene competencia para concretar interpretativamente el objeto del deber legislativo. La escasa plausibilidad de este supuesto está reconocida por el propio Böckenförde, quien enumera los referidos tres casos de vinculación - inactividad, medios inicuos y supresión de las medidas adoptadas -, en los cuales reconoce que el Juez Constitucional está legitimado para concretar los deberes legislativos que se desprenden de los derechos sociales. Por otra parte, también es bastante criticable la repercusión tan radical en el sujeto activo - su desaparición - que Böckenförde confiere a la indeterminación del objeto de la prestación legislativa. Si la indeterminación de las disposiciones jurídicas implicara la inexistencia de los derechos subjetivos, este tipo de derechos no existiría en ningún caso. La indeterminación es inherente al lenguaje y por tanto al Derecho, es un elemento connatural a las disposiciones que estatuyen los derechos subjetivos. El objeto del deber legislativo, por más indeterminado que este sea, no se confunde con el sujeto activo o titular del derecho que le es correlativo. Son dos elementos independientes. Incluso cuando una disposición de un derecho social sólo prescribe un fin muy indeterminado - el fomento de la salud, por ejemplo -, los individuos titulares del derecho tienen en todo caso un poder jurídico para exigir que el fin sea realizado, porque la persecución del fin en todo caso resulta obligatoria. Como argumento a favor de ello, puede aducirse que nadie estaría en desacuerdo en

que los titulares de los derechos fundamentales deberían estar en posición de pedir la declaración de inconstitucionalidad de un paquete de medidas legislativas, que estuvieran abiertamente encaminadas a perjudicar el fin prescrito por la Constitución - en el caso de la salud, por ejemplo, la demolición de todos los hospitales, el cierre de las facultades y la quema de libros de medicina, la desaparición de la seguridad social, y la distribución de productos alimenticios destinados a enfermar a la población -. La indeterminación de la prestación no implica la desaparición de la pretensión.

Por último, al igual que Sommermann, la concepción de Böckenförde se ve afectada por las dificultades propias del esencialismo. Así no recurra a estos términos precisos, Böckenförde cree posible descubrir un contenido esencial de los fines sociales, a partir de la observación de las disposiciones que los tipifican. Esto se ve claramente cuando este autor alude al concepto de “desatención grosera”. Como ya hemos sostenido, la idea de prohibir la desatención grosera puede entenderse como una definición del contenido esencial del fin. Este hecho representa sin duda un avance con respecto a la concepción de Sommermann, en la que el contenido esencial no se define de ningún otro modo. Sin embargo, este avance no despeja todas las incertidumbres de este concepto, porque se mantiene la imagen de los derechos sociales como entes que pueden aislarse, llevarse bajo el microscopio y diseccionarse para encontrar su núcleo, lo mínimo, lo necesario, lo que exige una tutela imprescindible, aquello que si se soslaya implica la producción de una desatención grosera. Este modo de entender la vinculación que emana de los derechos sociales pasa por alto que ellos están integrados en un sistema constitucional, en donde lo mínimo, lo máximo, lo que es un exabrupto y lo que no lo es, se define por la relación de los derechos fundamentales con otros derechos o bienes del sistema y no mediante la observación aislada de cada derecho. Este defecto de la concepción de Böckenförde se observa con claridad si se tiene en cuenta, de un lado, que por mayúscula que sea la desatención de un derecho social, no puede considerarse como una desatención grosera, si está justificada por la necesidad de proteger otro bien; y en sentido contrario, que por considerables que sean las medidas legislativas dirigidas hacia la realización de un derecho social, si estas medidas no han obtenido el fin previsto en un 100%, no puede considerarse que sean suficientes, a menos que exista una razón que se derive de otro derecho o bien constitucional, o simplemente de la necesidad de

garantizar al Legislador un margen de acción, que haga necesario que la satisfacción del derecho social respectivo no pueda llevarse hasta el punto máximo.

#### 4.) Los derechos sociales como derechos definitivos

Una cuarta teoría que intenta explicar el carácter normativo de los derechos sociales asegura que las disposiciones constitucionales que los establecen dan lugar a posiciones jurídicas definitivas<sup>83</sup>. Como antes hemos apuntado, las posiciones jurídicas son relaciones tridimensionales en las que un sujeto activo (el titular) ostenta un derecho subjetivo a que el sujeto pasivo (el Legislador y la Administración) despliegue una determinada conducta que constituye el objeto de su deber. Cuando se afirma que las disposiciones de derechos sociales establecen posiciones jurídicas definitivas, se quiere expresar que dichas posiciones no son susceptibles de restricción, que no ceden ante ninguna otra razón que se invoque en su contra. Estos dos elementos: el carácter no restringible y la inclusión de un sujeto activo dotado de derechos y pretensiones, son justamente las novedades que la concepción de las posiciones jurídicas definitivas introduce, en comparación con la tesis de los mandatos objetivos.

Para la teoría de las posiciones jurídicas definitivas, los derechos sociales de la Constitución se concretan en algunos deberes de abstención, en el derecho en contra de la extrema inactividad legislativa, los derechos de igual participación en los derechos sociales derivados, el derecho a la satisfacción de un mínimo existencial y el derecho al no retroceso social<sup>84</sup>. En primer

---

<sup>83</sup> Cfr. G. Lübbe – Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Nomos, Baden Baden, 1988. De acuerdo con Lübbe – Wolff, la estructura de los derechos sociales no puede reconstruirse mediante el conocido esquema de la intervención y el límite “*Eingriffs-Schranken-Modell*”, característico de algunas teorías de los derechos de defensa, en el cual se acepta que el Estado tiene legitimidad para intervenir en el ámbito de protección inicial o *prima facie* del derecho, siempre y cuando sus intervenciones observen las exigencias del principio de proporcionalidad. Esta autora defiende, en cambio, un modelo “*preformativo*” (*Präformationsmodell*) como estructura de los derechos sociales. La idea principal de este modelo reside en que los derechos sociales no tienen un ámbito de protección inicial, susceptible de intervenciones, sino un único ámbito de garantía, que no admite ninguna intervención del poder del Estado (p. 27 y s).

<sup>84</sup> Sobre estas posiciones jurídicas: V. Neumann, “Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik”, *Deutsche Verwaltungsblatt*, 112, 1997, núm. 2, p. 94 y s.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, op. cit., p. 369 y s.

lugar, algunas disposiciones de derechos sociales se concretan en posición jurídica de abstención. Por ejemplo, el derecho al trabajo, el derecho a la negociación colectiva, el derecho a la huelga y el derecho a la educación también implican deberes estatales de abstención. Proyectados en esta dimensión, los derechos sociales funcionan como posiciones de defensa que imponen al Legislador el deber de no restringir el derecho de los particulares a trabajar, a educarse, a convocar una huelga y a adoptar medidas de negociación colectiva<sup>85</sup>. Asimismo, otros derechos sociales (a la vivienda, seguridad social, salud, etc.) también pueden ser observados desde esta perspectiva, como prohibiciones dirigidas al Legislador y a la Administración de menoscabar los fines que ellos establecen.

En segundo lugar, en la doctrina alemana se ha distinguido entre los derechos sociales originarios y derivados<sup>86</sup>. Los derechos sociales originarios son posiciones jurídicas fundamentadas directamente en la Constitución, que prescriben que un sujeto activo (el individuo), tiene derecho a obtener de un sujeto pasivo (el Legislador), una prestación determinada (el objeto). Los derechos sociales derivados son, paralelamente, posiciones jurídicas fundamentadas en las leyes que desarrollan las disposiciones constitucionales, según las cuales, un sujeto activo (el individuo), tiene derecho a obtener de un sujeto pasivo (la Administración) una cierta prestación (el objeto) fijado por la ley. Dado su rango legal, los derechos sociales derivados no son relevantes en general desde la perspectiva de la vinculación del Legislador. Sin embargo, el Legislador está vinculado de todos modos por el principio de igualdad en la creación y en el reparto del ejercicio de estos derechos derivados. El principio de igualdad y los enunciados constitucionales de derechos sociales confluyen en esta dirección para configurar un derecho subjetivo de igual participación en los derechos sociales derivados<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Vid. Sobre la dimensión negativa del derecho al trabajo: A. Baldassarre, “Los derechos sociales...”, op. cit., p. 32 y s. Según este autor, esta dimensión se concreta en la garantía de la libertad de acceso al trabajo, es decir en la “*libertad de limitaciones irrazonables o de barreras al ingreso en el sector de trabajo escogido*”.

<sup>86</sup> Vid. M. Borowski, “Grundrechtliche Leistungsrechte”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, núm. 49, 2001; J. Lücke, “Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge”, *Archiv für öffentliches Recht*, vol. 107, núm. 1, 1982, p. 31 y s.

<sup>87</sup> Vid. Sobre este aspecto: V. Neumann, “Sozialstaatsprinzip...”, op. cit., p. 97; H. H. Rupp, “Vom Wandel der Grundrechte”, *Archiv für öffentliches Recht*, vol. 101, 1976, p. 537 y s.

Los derechos sociales originarios representan las posiciones vinculantes para el Legislador que se desprenden de las disposiciones de derechos sociales. El objeto de estas posiciones es un deber de Legislar. En el engranaje del Estado democrático constitucional, el Legislador es el órgano dotado de la capacidad para crear la infraestructura administrativa y para apropiarse los recursos correspondientes que luego la Administración empleará, a fin de llevar a cabo las prestaciones dirigidas a satisfacer las necesidades básicas de los individuos amparadas por los derechos sociales. De acuerdo con la teoría de las posiciones jurídicas definitivas, los derechos sociales imponen al legislador el deber de legislar para disponer los medios tendientes a satisfacerlos y este deber es correlativo por lo menos a dos derechos subjetivos que se atribuyen al individuo: el derecho a obtener del Legislador al menos un grado mínimo de actividad legislativa y el derecho a que la legislación establezca las condiciones idóneas para satisfacer las necesidades existenciales, es decir, el derecho a recibir un mínimo existencial. Correlativamente, está prohibida la inactividad legislativa y la desatención del mínimo existencial. La vulneración de estas prohibiciones tiene como consecuencia la inconstitucionalidad por omisión<sup>88</sup>.

Por último, de acuerdo a la tesis de las posiciones jurídicas definitivas también debe adscribirse a las cláusulas de derechos sociales una prohibición de retroceso social. En virtud de esta prohibición, al Legislador le está vedado desmontar las medidas que ha adoptado para desarrollar los derechos sociales. Esto quiere decir que la legislación de desarrollo de estos derechos es irreversible; que cuando los derechos sociales adquieren un determinado grado de realización, no puede haber una involución que parta de decisiones legislativas. A su vez, a esta prohibición corresponde un derecho individual, exigible ante los tribunales, y que funciona de manera similar a los derechos adquiridos de la doctrina civilista. Los individuos beneficiarios de las prestaciones estatales tienen derecho a seguir disfrutando de ellas, y por tanto, pueden instaurar pretensiones de inconstitucionalidad en contra de las leyes que intenten desarticularlas.

---

<sup>88</sup> Sobre el derecho a un mínimo esencial de los derechos sociales: R. Arango, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Nomos, Baden – Baden, 2000, p. 52 y s., 161 y s., 173 y s., 248 y s.; L. Prieto Sanchís, “Los derechos sociales...”, op. cit., p. 43 y s.

De todas maneras, casi siempre se ha sostenido en la doctrina, que el derecho al no retroceso social está ceñido sólo a aquellas prestaciones estatales que están dirigidas a satisfacer el “contenido esencial” de los derechos sociales. De este modo, el Legislador podría dar marcha atrás en relación con todos los aspectos accidentales de estos derechos que hubiesen sido desarrollados, pero no en cuando a las prestaciones correlativas al contenido esencial. La única manera aceptable en que estas prestaciones básicas podrían ser desarticuladas, sería mediante una sustitución por otros mecanismos alternativos o compensatorios. Lo que se busca a la postre no es una perpetuidad de los medios, un statu quo de las estrategias, sino una garantía estable para el núcleo esencial de los derechos sociales<sup>89</sup>.

Hasta aquí los planteamientos de la teoría de los derechos sociales como derechos definitivos. El gran mérito de esta teoría reside en su intento por articular la dimensión normativa de los derechos sociales como derechos subjetivos que tienen como destinatario al Legislador y a la Administración. Esta teoría deja claro que, a pesar de que deba reconocerse al Legislador una libertad de configuración de los derechos sociales, esta libertad debe respetar un mínimo esencial exigido por estos derechos, que se concreta en: un mínimo de actividad legislativa, la satisfacción del mínimo existencial y el derecho al no retroceso en las prestaciones correspondientes al núcleo esencial de los derechos sociales<sup>90</sup>.

Sin embargo, esta teoría se enfrenta a varias dificultades. La primera se refiere a la prohibición de total inactividad legislativa. Es bastante claro que un entendimiento normativo de los derechos sociales prohíbe la inactividad legislativa absoluta. No obstante, si se concibe esta prohibición como una norma definitiva y no sólo como una norma prima facie, se elimina por completo la competencia legislativa para decidir acerca de la oportunidad de la acción dirigida a satisfacer las necesidades conexas a los derechos sociales. Debe reconocerse que la oportunidad de las intervenciones en el mundo de la política y de la economía es un factor que determina la efectividad de las estrategias que se llevan a la práctica. Es posible que en una precisa situación sea políticamente aconsejable la inactividad legislativa, es decir,

---

<sup>89</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 321.

<sup>90</sup> J. J. Gomes Canotilho, “Metodología “Fuzzy...””, op. cit., p. 45 y s.

que la pasividad esté fundamentada. Por esta razón, parece más conveniente reconstruir la prohibición de inactividad como una prohibición prima facie, que en principio debe cumplirse, a menos que exista una razón más fuerte para lo contrario y sólo mientras esta razón subsista.

Por otra parte, la tesis de las posiciones jurídicas definitivas incurre también en el problema del esencialismo que se ha criticado antes. Este problema hace alusión a la dificultad para determinar únicamente mediante la lectura de las disposiciones constitucionales, aquello que pueda constituir el mínimo de los derechos sociales. El mínimo existencial es “indeterminado”, y no hay demasiados criterios seguros para eliminar esta indeterminación. Además, la doctrina de las posiciones definitivas no aclara si el mínimo se predica del fin (del objetivo social que se pretende alcanzar) o de los medios legislativos que se puedan adoptar para el efecto. En todo caso, la indeterminación del mínimo abarca los dos aspectos. No existen criterios seguros para establecer aquello que constituye el mínimo del fin. Del mismo modo, así se pudiera reconocer el mínimo del fin, subsiste el problema de definir cómo conocer cuáles son las estrategias legislativas mínimas (los medios mínimos) para conseguir este mínimo del fin. De un lado, el juicio acerca de estas estrategias depende de variables económicas que casi nunca ofrecen certezas o fórmulas seguras. La confianza en la intuición de los jueces, presente en la idea de los mínimos, no puede desmentir el hecho de que la elección entre estrategias de acción social para alcanzar los mínimos de los derechos, es más bien un asunto de la ciencia económica, para cuya evaluación está más legitimado el Legislador.

A lo anterior se añaden dos objeciones adicionales. En primer término, aunque se pudiera saber a ciencia cierta cuáles son las posiciones jurídicas que constituyen el mínimo de los derechos sociales, puede que en ciertos casos existan algunas razones que impidan o desaconsejen cumplir ese mínimo. La teoría de las posiciones jurídicas definitivas afirma retóricamente que cada derecho social tiene un núcleo que en todo caso debe ser realizado. Esta afirmación, no obstante, olvida que el Legislador no está vinculado a cada derecho, considerado de manera aislada, sino a la Constitución en su conjunto y que, por consiguiente, puede haber derechos, bienes y fines incompatibles, razones constitucionales que impidan que el mínimo de un derecho social sea garantizado en una precisa situación.

Además, si se sigue la teoría de las posiciones jurídicas definitivas se presentarían en el derecho constitucional incluso colisiones irresolubles entre derechos fundamentales. Estas colisiones tendrían lugar cuando el Legislador estuviera vinculado por dos exigencias contradictorias, que se derivaran de los mínimos pertenecientes a dos derechos sociales distintos (piénsese que, por ejemplo, con los mismos recursos es imposible proveer el mínimo de educación y de salud). Si estas exigencias se consideraran como el objeto de dos posiciones definitivas, se generaría una colisión imposible de resolver, pues el Legislador no puede cumplir dos exigencias definitivas, que a la vez sean contradictorias entre sí. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han acuñado la afirmación, según la cual los derechos sociales, en todo su ámbito normativo, están sometidos a la “reserva de lo posible”<sup>91</sup>. Aquí no debe entenderse sólo lo posible desde el punto de vista presupuestario o fáctico, sino también lo posible jurídicamente, es decir, en relación con las exigencias de otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela.

A su vez, también es preciso reconocer que el derecho al no retroceso social debe considerarse también únicamente como una posición jurídica *prima facie*, que en ocasiones puede ser restringida en razón de otros bienes constitucionales que tengan prioridad en el caso concreto. El legislador debe tener libertad para decidir acerca de las estrategias que utiliza para intentar satisfacer las diversas finalidades sociales que la Constitución le impone. La labor de propender hacia todos estos objetivos podría verse gravemente dificultada en cierto caso, si el Parlamento estuviera compelido a regular problemas sociales de hoy con soluciones de ayer<sup>92</sup>. Como consecuencia, debe entenderse que el derecho al no retroceso social es una posición *prima facie*, que admite restricciones, siempre y cuando éstas sean proporcionadas.

---

<sup>91</sup> La expresión *reserva de lo posible* fue acuñada por el Tribunal Constitucional alemán en la BVerfGE 33, 303 y sig. Allí sostuvo que los derechos sociales estaban sometidos a la reserva de lo posible, “*en el sentido de lo que el individuo de manera razonable puede pretender de la sociedad*” (p. 333). Cfr. Sobre este concepto: W. Martens, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 30, 1972, p. 31. También P. Häberle, “Grundrechte im...”, op. cit., p. 139. Asimismo: V. Neumann, “Sozialstaatsprinzip...”, op. cit., p. 94. Neumann añade a la reserva de lo posible, la reserva de lo deseado, con lo cual quiere expresar que la eficacia de los derechos sociales también depende de las demás razones que el Legislador deba articular en la configuración del orden social.

<sup>92</sup> V. Neumann, “Sozialstaatsprinzip...”, op. cit., p. 97.

Por último, en contra de la noción de contenido esencial puede objetarse que despojaría de carácter obligatorio a los derechos adscritos a las disposiciones de derechos sociales que se encuentran por fuera de ese núcleo mínimo. La consecuencia de esta supresión del carácter normativo, sería que en la zona “accidental” del contenido de los derechos sociales, por así decirlo, estarían permitidas cualquier tipo de restricciones, incluso las desproporcionadas, irracionales, abruptas o injustificadas. Fuera de lo “esencial para la dignidad humana”, se permitiría cualquier tipo de intervención legislativa, incluso una intervención arbitraria.

#### 5.) Los derechos sociales como derechos prima facie

Estas objeciones a la tesis de las posiciones definitivas llevan a concluir que las disposiciones de derechos sociales deben concretarse más bien en posiciones con carácter prima facie. De acuerdo con esta concepción, ya propuesta por R. Alexy<sup>93</sup> y M. Borowski<sup>94</sup>, los enunciados de los derechos fundamentales sociales dan lugar a normas y posiciones prima facie, que admiten restricciones legislativas, siempre y cuando sean proporcionadas. Estas restricciones pueden estar justificadas en razón de las limitaciones económicas, y además, en razón de las exigencias que se desprenden de otros derechos fundamentales, sociales, democráticos o de libertad, o de otros bienes constitucionales. Desde esta perspectiva, el principio de proporcionalidad actúa como criterio definitorio de la vinculación que emana de los enunciados de los derechos sociales. El análisis de proporcionalidad de las restricciones a estos derechos indica si, en los casos concretos, las posiciones en que se concretan estos derechos valen sólo prima facie, o si también valen de manera definitiva. En Alemania, este tipo de análisis de proporcionalidad recibe el nombre de prohibición de protección deficiente (Untermaßverbot). Su estructura es muy similar a la del principio de proporcionalidad que se aplica para el control de las intervenciones legislativas en los derechos de defensa (el principio de la prohibición del exceso o Übermaßverbot).

---

<sup>93</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos...*, op. cit., p. 494.

<sup>94</sup> M. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien...*, op. cit., pág. 137 y sig.

Según esta teoría, las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales se concretan en posiciones que imponen al Legislador un determinado deber de legislar -así como en deberes de actuación que pesan sobre la Administración y sobre el Poder Judicial-. Estas posiciones tienen la siguiente estructura<sup>95</sup>:

- Sujeto activo: el individuo
- Sujeto pasivo: el Legislador, la Administración o el Juez
- Objeto: una prestación, es decir una conducta positiva consistente en expedir leyes tendientes a satisfacer las necesidades básicas del individuo y a proveer los medios necesarios para el ejercicio de las libertades y de los derechos políticos.

En esta estructura, el individuo tiene *prima facie*<sup>96</sup> un derecho no a un mínimo sino a todos los medios materiales necesarios para el ejercicio de sus libertades, de los derechos políticos y para el cubrimiento de sus necesidades básicas. Pero ese máximo no es exigible al Estado de manera definitiva, si existen otros principios constitucionales o limitaciones materiales que lo impidan, y así se demuestre mediante la aplicación del principio de proporcionalidad en su versión de la prohibición de protección deficiente. Así, por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, el individuo tiene un derecho *prima facie* a la obtención por parte del Estado de todos los medicamentos y procedimientos que le garanticen el cubrimiento de sus necesidades básicas de salud, para la conservación de una vida digna y de su integridad física y psicológica. Sin embargo, este derecho puede ser restringido y no valer con tanta amplitud de manera definitiva, si existen otros principios constitucionales o limitaciones materiales que lo justifiquen. Piénsese, por ejemplo, que se demuestra que la seguridad social no puede hacerse cargo de las operaciones estéticas, pues la subvención de estos procedimientos implicaría la inversión de recursos destinados a la

---

<sup>95</sup> Sobre esta estructura: L. Prieto Sanchís, “Los derechos sociales...”, op. cit., p. 15.; G. Peces-Barba Martínez, “Los derechos económicos, sociales y culturales...”, op. cit., p. 29.

<sup>96</sup> Cfr. Sobre el concepto de derecho *prima facie*: C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 615 y s.

atención de urgencias o a la provisión de medicamentos básicos para enfermedades que tengan que ver con la supervivencia.

De esta manera, cada derecho tiene un contenido *prima facie* que estaría integrado por todas las posiciones que garanticen los medios indispensables para garantizar la necesidad básica que protege el ámbito normativo del derecho: la salud el derecho a la salud, la educación el derecho a la educación, etc. Pero, además, cada derecho tiene también un contenido definitivo, integrado por todas las posiciones del derecho *prima facie* que puedan ser oponibles al Legislador y la Administración y que no sean restringibles, con base en los criterios que explicita la prohibición de protección deficiente. Las posiciones restringibles pueden ser excluidas por estos órganos de configuración del contenido definitivo del derecho.

Al hilo de lo anterior, la pregunta final es, entonces, cuáles son los criterios que explicita esta prohibición de protección deficiente. Sobre este aspecto debe señalarse que esta prohibición es una variación del principio de proporcionalidad en sentido amplio en la versión de interdicción del exceso<sup>97</sup>, que se compone de los mismos subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pero en una versión distinta de los mismos. Estos tres subprincipios son un criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos sociales, con cuya aplicación puede determinarse si un acto estatal - una omisión absoluta o relativa - vulnera uno de estos derechos.

La prohibición de protección deficiente ha ocupado el centro de una interesante polémica doctrinal<sup>98</sup>, inaugurada por la Sentencia que el Tribunal Constitucional alemán pronunció en el segundo caso sobre el aborto<sup>99</sup>. En la fundamentación de dicha Sentencia, este Tribunal sostuvo, en los siguientes

---

<sup>97</sup> Cfr. Sobre la estructura de este principio: C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., capítulo VI.

<sup>98</sup> Los siguientes son algunos de los trabajos más representativos de la discusión alemana sobre el *Untermaßverbot*: C - W. Canaris, "Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts", *Juristische Schulung*, núm. 3, 1989, p. 161 y s.; J. Dietlein, "Das Untermaßverbot", *Zeitschrift für Gesetzgebung*, núm. 9, 1995, p. 131 y s.; K - E. Hain, "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot", *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1993, p. 982 y s.; K - E. Hain, "Das Untermaßverbot in der Kontroverse", *Zeitschrift für Gesetzgebung*, núm. 11, 1996, p. 75 y s.

<sup>99</sup> BVerfGE, 88, 203 (254).

términos, que el Legislador debe observar las exigencias de la prohibición de protección deficiente en la configuración de los deberes de prestación y de protección estatal: “Las prescripciones que el Legislador expida deben ofrecer una protección adecuada y efectiva y deben poder fundamentarse en cuidadosas investigaciones fácticas y en apreciaciones plausibles”. Asimismo señaló: “dado que la prohibición de protección deficiente no puede vulnerarse, la configuración de la protección mediante el orden jurídico debe corresponder a unas exigencias mínimas”.

Esta somera mención, sin embargo, no esclarece qué diferencias estructurales existen entre esta prohibición de protección deficiente y la versión del principio de proporcionalidad como prohibición del exceso. Las más representativas se refieren (a) al concepto de intervención en el derecho social y a la propia definición de los subprincipios de (b) idoneidad, (c) necesidad y (d) proporcionalidad en sentido estricto.

(a) La primera particularidad de la prohibición de protección deficiente consiste en que, en general, las intervenciones del Estado en los derechos sociales no se concretan en actuaciones sino en omisiones. El objeto del control de constitucionalidad en la prohibición de protección deficiente es una omisión legislativa o administrativa absoluta o parcial. Una omisión parcial es una actuación estatal que no protege el derecho social o que lo protege deficientemente por no favorecer la satisfacción de la necesidad básica implícita en el derecho en la mayor medida posible. Se trata de la ejecución de una prestación deficiente por parte del Estado, como, por ejemplo, una prestación precaria de los servicios de salud, que no cubre siquiera los servicios de urgencia. En este sentido, se produce una intervención en el derecho social, si la actuación estatal no logra satisfacer por completo las necesidades básicas protegidas por el derecho.

Toda omisión absoluta o relativa que constituye una intervención en un derecho social es inconstitucional, a menos que esté justificada por las exigencias de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

(b) En lo que concierne al subprincipio de idoneidad, una omisión estatal absoluta o relativa es inconstitucional, cuando no esté justificada por favorecer la realización de un fin legislativo que sea constitucionalmente legítimo. Esto

quiere decir, que la no satisfacción arbitraria de los derechos sociales está prohibida por la Constitución. Para que dicha no satisfacción sea legítima, es necesario que ella esté justificada por la necesidad de atender a otros fines constitucionalmente legítimos, que aconsejen la omisión estatal o la satisfacción sólo parcial del derecho. Toda omisión arbitraria es susceptible de ser declarada inconstitucional.

(c) Pero esta exigencia constituye sólo un primer escalón. En segundo lugar, toda omisión estatal absoluta o relativa debe cumplir las exigencias del subprincipio de necesidad. De acuerdo con este subprincipio, una omisión estatal absoluta o relativa es inconstitucional, cuando exista otra omisión u otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin constitucionalmente legítimo del Legislador o de la Administración por lo menos con la misma intensidad, y a la vez permita una mayor realización del derecho social. Esta es una aplicación del llamado “óptimo de Pareto”. Puede pensarse, por ejemplo, que el Legislador ha adoptado la medida M1 para proteger un derecho social DS, y M1 sólo protege este derecho en un 70%, pero esta protección deficiente se justifica, porque de esta manera se alcanza el fin constitucional FC en un 40%. Según el principio de necesidad, M1 es inconstitucional, si existe una medida alternativa M2 que consigue proteger FC también en un 40%, pero proteger DS en un 75%. De esta manera, el Estado está obligado a adoptar los medios que ofrezcan un equilibrio óptimo entre los derechos sociales y los demás fines constitucionalmente legítimos que deba proteger.

(d) Por último, de acuerdo con la ponderación o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto de la prohibición de protección deficiente, una omisión legislativa absoluta o relativa es inconstitucional, cuando el beneficio para el fin legislativo sea inferior al grado en que no se realiza el derecho social. En otras palabras, a pesar de que exista un fin que justifique la omisión, ésta será inconstitucional si los beneficios que implica para dicho fin no compensan los sacrificios que la no satisfacción del derecho social implica. Si el fin legislativo sólo se beneficia de una manera leve con una medida de omisión parcial que implica una no satisfacción grave de un derecho social, deberá declararse la inconstitucionalidad de dicha medida.

Desde luego, debe advertirse que la aplicación de estos subprincipios no elimina los márgenes de acción del Legislador y de la Administración<sup>100</sup>. El legislativo y el ejecutivo tienen un margen de acción estructural, porque en cuanto la Constitución no lo defina, tienen la competencia para decidir cuáles son los medios políticamente más convenientes para la satisfacción de los derechos sociales, entre todos aquellos que cumplan con las exigencias de la prohibición de protección deficiente. Así, por ejemplo, los órganos de configuración del Estado pueden establecer cuál es el sistema de seguridad social - si es público, privado o mixto y con qué especificaciones - que mejor garantice el derecho a la salud, siempre y cuando: (1) este sistema ofrezca la mayor satisfacción del derecho a la salud, que sea compatible con las posibilidades económicas de los sectores público y privado del país y con la protección de los demás principios constitucionales (idoneidad), (2) no exista un medio alternativo mejor en términos del subprincipio de necesidad y (3) que las carencias que de este sistema se deriven para el derecho a la salud, se justifiquen por los beneficios que ofrece para la satisfacción de los demás principios constitucionales que justifican su protección limitada y para el equilibrio de las finanzas públicas.

Junto a lo anterior, también Legislador y Administración disponen de un margen de acción epistémico. En virtud de este margen, cuando sea necesario aplicar los subprincipios que componen la prohibición de protección deficiente, el juez deberá declarar la inconstitucionalidad de las abstenciones estatales absolutas y relativas, sólo con base en premisas fácticas ciertas. Dicho de otra manera, la falta de certeza de las premisas fácticas juega a favor del Legislador y la Administración. Si en un caso, por ejemplo, no se sabe cuál de dos medidas protege mejor un derecho social, el juez no podrá imponer una como constitucionalmente necesaria, sino que la elección estará reservada a los órganos de configuración. El respeto de este margen de acción, que se deriva del principio democrático, impide la intromisión indebida del juez constitucional en competencias legislativas y administrativas. Su observancia garantiza que el carácter jurídico de los derechos sociales no se convierta en un artificio para que el juez desconozca las reglas del juego democrático y del principio de división de poderes.

---

<sup>100</sup> Cfr. Sobre los márgenes de acción estructurales y epistémicos del Legislador: R. Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002.