

LOS DERECHOS SOCIALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD SUSTANCIAL

Luis PRIETO SANCHÍS

SUMARIO: I. *Los derechos fundamentales y los derechos sociales.* II. *Caracterización de los derechos sociales.* III. *Una definición convencional.* IV. *El principio de igualdad.* V. *La naturaleza de los derechos prestaciones.* VI. *Entre la justicia y la política.*

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS SOCIALES

El reconocimiento de los derechos humanos o fundamentales en el constitucionalismo de finales del XVIII representa la traslación al derecho positivo de la teoría de los derechos naturales elaborada por el iusnaturalismo racionalista desde comienzos del siglo precedente: su objeto o finalidad, sus titulares y su contenido resultan coincidentes. El objetivo era, en ambos casos, preservar ciertos valores o bienes morales que se consideraban innatos, inalienables y universales, como la vida, la propiedad y la libertad.¹ Los titulares o, mejor dicho, el titular resultaba ser también el mismo sujeto abstracto y racional, el hombre autónomo e independiente portador de los derechos naturales que, en su calidad de ciudadano y guiado sólo por su interés,² concluía con otros sujetos iguales un contrato social que daba vida artificial a las instituciones, y que, en calidad de propietario y movido asimismo sólo por el interés, pactaba sucesivos negocios jurídicos de acuerdo con unas reglas formales fijas y

1 *Vid.* singularmente, Locke, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad de A. Lázaro, Madrid, Aguilar, capítulo XI.

2 Salvo el caso de Grocio, donde aún queda el residuo medieval de *appetitus societatis*, en el resto de los autores racionalistas el *móvil* del contrato social no es otro que el interés, *vid.* Bobbio, N., "El modelo iusnaturalista", *Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*, trad de J. C. Bayón, estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1985, pp. 95 y ss.

seguras, sin que fuera relevante la condición social de quienes negociasen ni qué cosas se intercambiaran.³ Finalmente, el contenido, aquello que representa la cara obligacional que acompaña a todo derecho, era también común y muy sencillo: lograr la garantía del ámbito de inmunidad necesario para la preservación de la propia vida y propiedad, y para el ejercicio de la libertad en lo público y en lo privado; por tanto, el Estado debería ser tan extenso como fuera imprescindible para asegurar dicha inmunidad frente a los demás individuos y tan limitado como fuese posible para no convertirse él mismo en una amenaza de los derechos.⁴

Este punto de partida daría lugar a una concepción de los derechos fundamentales y del propio Estado que, con algunos matices, puede decirse que sigue siendo nuestra concepción de los derechos y del Estado. Creo que puede resumirse en estos dos lemas: supremacía constitucional y artificialidad o instrumentalidad de las instituciones políticas. La supremacía constitucional significa que los derechos operan “como si” encarnasen decisiones superiores a cualesquiera otras de órganos estatales, incluido el legislador, y, por tanto, como si emanasen de un poder constituyente o soberano al que todas las autoridades e instituciones deben someterse;⁵ de ahí que los derechos no sean negociables o que en una democracia representen “triumfos frente a la mayoría”.⁶ A su vez, la artificialidad de las instituciones significa que, en realidad, éstas carecen de fines propios y existen *sólo* para salvaguardar las libertades y la seguridad que necesariamente ha de acompañarlas,⁷ por lo que, en consecuencia, toda limitación de la libertad ha de justificarse racionalmente,

3 Vid. Barcellona, P., *Fomazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Nápoles, Jovene, 1993, pp. 48 y ss.

4 Como escribe todavía C. Schmitt, “los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del *hombre individual* libre y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado”: Schmitt, C., *Teoría de la constitución* (1927), trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982, p. 170.

5 En palabras de F. Rubio, “si se parte de la idea de la soberanía popular o, si se quiere, de la idea de poder constituyente, para subrayar el carácter gremial, no sólo en el tiempo, que es lo de menos, sino sobre todo, en el orden lógico, de este poder, la incardinación en la Constitución de los derechos ciudadanos y de los deberes del poder, o lo que es lo mismo, la afirmación de la Constitución como fuente del Derecho, adquiere una firmeza granítica”: Rubio, F., “La Constitución como fuente del Derecho”, *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, vol. I, p. 59.

6 Ésta es la conocida tesis de Dworkin, R., *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, en particular, pp. 276 y ss.

7 Creo que esto resulta crucial en toda concepción liberal del Estado y se conecta al papel protagonista del individuo. Vid., por ejemplo, Mill, J. S., *Sobre la libertad* (1859), trad. de J. Sáinz Pulido, Barcelona, Orbis, 1985, y también el excelente trabajo de García Añón, J., *John Stuart Mill: justicia y derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

no en cualquier idea particular acerca de lo virtuoso o de lo justo, sino precisamente en la mejor preservación de los derechos.⁸

Consecuencia de lo anterior habría de ser un régimen jurídico característico del constitucionalismo norteamericano y que en Europa ha terminado imponiéndose tras costosa evolución.⁹ Creo que sus dos ejes fundamentales son la fuerte limitación de la libertad política del legislador y una tutela jurisdiccional estricta y rigurosa. Los derechos fundamentales se conciben, en efecto, mucho más como una cuestión de justicia que de política; las concepciones de la mayoría pueden proyectarse sobre el ámbito protegido por las libertades, pero de forma muy restringida y siempre vigiladas por el control jurisdiccional. Cualesquiera que sean las circunstancias políticas y las razones de Estado, ese control garantiza, cuando menos, lo que hoy llaman algunas Constituciones el “contenido esencial” de los derechos, así como un examen preciso de la justificación, racionalidad y proporcionalidad de toda medida limitadora (consecuencia de la denominada posición preferente de los derechos). En suma, siempre una protección mínima del derecho y nunca una limitación innecesaria o no justificada podrían ser los lemas del sistema de derechos fundamentales en el marco constitucional.¹⁰

Pues bien, la cuestión que corresponde plantear es si esta concepción de los derechos fundamentales resulta apta o aplicable a todo un conjunto de derechos que actualmente se hallan recogidos en las Constituciones y en las declaraciones internacionales, pero que no presentan la fisonomía de los primeros derechos fundamentales incorporados por el constitucionalismo de finales del XVIII: ni protegen bienes o valores que en hipótesis puedan ser atribuidos al hombre al margen o con carácter previo a las instituciones; ni su titular es el sujeto abstracto y racional, es decir, cualquier hombre con independencia de su posición social y con independencia también del objeto material protegido; ni, en fin, su contenido consiste tampoco en un mero respeto o “abstención” por parte de los demás y, en particular, de las instituciones, sino que exigen por parte de éstas una acción positiva que interfiere en el libre juego de los sujetos

8 Por eso, decía la Declaración de 1789, “el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos” (artículo 4o.).

9 Vid., por ejemplo, Blanco Valdés, R. L., *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1994.

10 He tratado más ampliamente este aspecto en *mis Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 139 y ss.

privados. Éstos son los llamados derechos económicos, sociales y culturales o, más simplemente, los derechos sociales.

Parece existir coincidencia en que esta categoría, de uso corriente incluso en el lenguaje del legislador, presenta unos contornos bastante dudosos o difuminados,¹¹ y resulta comprensible que así suceda pues, en palabras de Forsthoff, “lo social es un indefinible *definiens*”.¹² Los criterios que suelen ofrecerse para delimitar los perfiles de los derechos sociales son tan variados como heterogéneos, dando lugar cada uno de ellos a listas o elencos diferentes. Por ejemplo, y para comenzar por algún sitio, dice Burdeau que “los derechos sociales son los derechos de los trabajadores en tanto que tales, los derechos de clase y más precisamente de la clase obrera”.¹³ En cambio, otros autores prefieren un criterio material, de forma que los derechos económicos, sociales y culturales incluirían justamente aquéllos que están implicados en el ámbito de las relaciones económicas o laborales, como el derecho de propiedad o la libertad de industria y comercio,¹⁴ que de modo manifiesto no parecen ser derechos de los trabajadores, sino más bien el obstáculo histórico para su realización. Asimismo, es muy corriente identificar los derechos sociales con los derechos prestacionales, esto es, con aquellos derechos que, en lugar de satisfacerse mediante una abstención del sujeto obligado, requieren por su parte una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio,¹⁵ pero entonces dejarían de ser derechos sociales algunos derechos típicos de los trabajadores, como la huelga y la libertad sindical, y algunos otros de carácter económico, como la propiedad, mientras que se transformarían en sociales algunas presta-

11 Para esta cuestión, *vid.*, por todos, Castro Cid, B. de, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León, España, Universidad de León, 1993, pp. 13 y ss.

12 Forsthoff, E., “Problemas constitucionales del Estado social (1961)”, *El Estado social*, trad. de J. Puente Egido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 46.

13 Burdeau, G., *Les libertés publiques*, París, LGDJ, 1972, p. 370.

14 *Vid.* Peces Barba, G., “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, p. 200.

15 Esta identificación se encuentra ya en Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, p. 174. *Vid.* también, a título de mero ejemplo, Cossío, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 45; Cascajo, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 67, y Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requejo e I. Villaverde, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 75.

ciones que no constituyen una exigencia propia de la condición de trabajador, como la asistencia letrada gratuita¹⁶ o la educación.

Seguramente, la noción de derechos sociales haya de resultar irremediabilmente ambigua, imprecisa y carente de homogeneidad; quizá lo máximo que pueda pedirse sea una caracterización meramente aproximativa y, eso sí, una identificación correcta de los problemas de interpretación en verdad relevantes. Por eso, en primer lugar, procederemos a enunciar una serie de rasgos o connotaciones que suelen estar presentes cuando se usa la expresión “derechos sociales”, para más tarde intentar dilucidar el problema central que los mismos suscitan; al menos, desde la perspectiva de la teoría de los derechos y de la dogmática constitucional, que es su naturaleza prestacional. A mi juicio, precisamente ésta es la cuestión básica: si y en qué condiciones pueden construirse posiciones subjetivas iusfundamentales de naturaleza prestacional.

II. CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

1. *Los derechos y las instituciones*

Los derechos civiles y políticos son concebibles sin Estado, sin necesidad de instituciones sociales que los definan o, al menos, así han sido tradicionalmente concebidos, mientras que los económicos, sociales y culturales ni siquiera pueden ser pensados sin alguna forma de organización política. La vida, la propiedad y la libertad son para la filosofía política liberal derechos naturales anteriores a cualquier manifestación institucional, y precisamente, si el Estado existe, es con el único fin de protegerlos; por ello, el Estado puede resultar necesario para garantizar dicha protección, pero en ningún caso para definir lo esencial del contenido de los derechos: “la libertad es aquí algo antecedente, no viene creada por la regulación legal, sino que es protegida (hecha ejercitable) y/o limitada por ella”.¹⁷ Es más, algunos sostienen que los derechos no sólo

16 *Id.* Peces Barba, G., “Reflexiones sobre los derechos económicos”, p. 201; también Castro, B. de, *Los derechos económicos*, pp. 67 y ss.

17 Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, p. 76. No en vano, la Constitución española, siguiendo los pasos de la alemana, intenta garantizar el “contenido esencial” de los derechos fundamentales que considera más importantes, incluso frente al legislador (artículo 53.1).

son independientes de cualquier organización política, sino que cuanto “menos Estado” exista tanto mejor para los derechos.¹⁸

Justamente lo contrario sucede con los derechos sociales. De entrada, la mera determinación del catálogo y contenido de tales derechos, de carácter marcadamente histórico y variable,¹⁹ supone ya un proceso de debate inimaginable al margen de la sociedad política; pues esa determinación depende en gran medida del grado de desarrollo de las fuerzas productivas, del nivel de riqueza alcanzado por el conjunto social, de la escasez relativa de ciertos bienes e incluso de la sensibilidad cultural que convierte en urgente la satisfacción de algunas necesidades.²⁰ No estamos en presencia de derechos racionales, de pretensiones que puedan postularse en favor de todo individuo cualquiera que sea su situación social, sino de derechos históricos cuya definición requiere una decisión previa acerca del reparto de los recursos y de las cargas sociales, que obviamente no puede adoptarse en abstracto ni con un valor universal. Y, por otra parte, si la protección de todos los derechos supone una mínima estructura estatal, la de los derechos sociales resulta mucho más compleja, dado que ha de contar con una organización de servicios y prestaciones públicas sólo conocidas en el Estado contemporáneo; cabe decir que, en este punto, la distancia que separa a los derechos civiles de los sociales es la misma que separa al Estado liberal decimonónico del Estado social de nuestros días.²¹

2. *Los derechos sociales como derechos prestacionales*

Como ya se ha indicado, el carácter prestacional es uno de los rasgos más frecuentemente subrayados, tal vez porque, desde el punto de vista

18 En este sentido, se orientaría la propuesta de un “Estado mínimo” de Nozick, R., *Anarquía, Estado y utopía* (1974), trad de R. Tamayo, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, y, en general, la posición del neoliberalismo.

19 Incluso sería concebible la desaparición de los derechos sociales una vez desapareciesen las situaciones de necesidad material y de desigualdad en el reparto de los recursos que hoy constituyen su justificación.

20 Vid. el capítulo monográfico que sobre “Los derechos humanos y el problema de la escasez”, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, ed. de J. M. Saúca, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 193 y ss. Por mi parte, he tratado el problema en “Notas sobre el bienestar, *Doxa*, núm. 9, 1991, pp. 157 y ss.

21 Acaso también por ello la referida cláusula de defensa del contenido esencial no se extiende a la mayor parte de los derechos sociales, que son los incluidos en el capítulo III bajo la rúbrica de “principios rectores de la política social y económica”. En ello insiste Cossío, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, pp. 93 y ss.

jurídico, resulta más explicativo o relevante que aquellos otros que se basan en consideraciones históricas, ideológicas o sociológicas.²² El criterio definidor residiría en el contenido de la obligación que, usando terminología kelseniana, constituye el “reflejo” del derecho: en los derechos civiles o individuales, el contenido de la obligación consiste en una abstención u omisión, en un “no hacer nada” que comprometa el ejercicio de la libertad o el ámbito de inmunidad garantizado; en cambio, en los derechos sociales, el contenido de la obligación es de carácter positivo, de dar o de hacer. Con todo, conviene formular algunas precisiones.

La primera es que algunos derechos generalmente considerados sociales se separan del esquema indicado, bien porque por naturaleza carezcan de todo contenido prestacional, bien porque la intervención pública que suponen no se traduzca en una prestación en sentido estricto; así, es manifiesto que carecen de contenido prestacional el derecho de huelga o la libertad sindical, salvo que interpretemos que la tutela pública de estas libertades es ya una prestación. A su vez, derechos sociales que requieren algún género de intervención pública, pero que no pueden calificarse propiamente de prestacionales son, por ejemplo, todos los que expresan restricciones a la autonomía individual en el contrato de trabajo, como la limitación de jornada, un salario mínimo o las vacaciones anuales. De carácter análogo, aunque no puedan calificarse como sociales, son aquellos derechos que implican “prestaciones jurídicas”, como el derecho a la tutela judicial.²³ Finalmente, algunos derechos prestacionales se presentan bajo la forma de principios directriz, como veremos más adelante.

La segunda observación es que, cuando hablamos de derechos prestacionales en sentido estricto, nos referimos a bienes o servicios económicamente evaluables: subsidios de paro, de enfermedad o vejez, sanidad, educación, vivienda, etcétera; pues, de otro modo, si se incluyera también la defensa jurídica o la protección administrativa, todos los derechos fundamentales merecerían llamarse prestacionales,²⁴ dado que todos ellos exigen en mayor o menor medida una organización estatal que permita

22 Vid. Contreras Peláez, F. J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid. Tecnos, 1994, pp. 22 y ss.

23 Éstos serían los derechos prestacionales en sentido amplio, es decir, derechos de protección, organización y procedimiento, vid. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de E. Garzón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 435 y ss.

24 Vid. Gomes Canotilho, J. J., “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, trad. de E. Calderón y A. Elvira, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988, p. 247.

su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas, o también el diseño de formas de participación; desde la tutela judicial efectiva al derecho de voto, todos requieren de esas prestaciones en sentido amplio.

Finalmente, conviene advertir que las técnicas prestacionales no pertenecen en exclusiva a alguna clase de derechos, sino que en general son aplicables a cualesquiera de los fines del Estado, incluso también a los derechos civiles y políticos. Piénsese, por ejemplo, en la libertad religiosa que, según opinión difundida, no sólo ha de ser respetada, sino también protegida y hasta subvencionada a fin de que su ejercicio pueda resultar verdaderamente libre. Que esta práctica sea saludable para las libertades o que, al contrario, represente una intervención inaceptable que lesiona de paso la igualdad jurídica de todas las ideologías y confesiones es cuestión que no procede discutir ahora;²⁵ pero, en el fondo, la técnica prestacional plantea problemas semejantes en aquellos derechos que los son “por naturaleza” y en aquellos otros que eventualmente se benefician de la misma.²⁶

3. *La titularidad de los derechos*

Si bien en una cierta literatura se presentó en términos un tanto radicales la escisión entre hombre abstracto y hombre histórico, entre persona y ciudadano, olvidando acaso que las necesidades y pretensiones del hombre concreto comenzaban por las del llamado hombre abstracto, lo cierto es que esa imagen sigue siendo útil para perfilar el carácter de los derechos fundamentales. Y es que, en efecto, los derechos civiles y políticos se atribuyen a ese hombre abstracto y racional (a todos), mientras que los derechos económicos, sociales y culturales lo son del hombre trabajador, del joven, del anciano, de quien precisa asistencia, etcétera. En suma, los primeros se dirigen al famoso sujeto del Código Civil que fuera objeto de la crítica de Marx,²⁷ en tanto que los segundos tienden a considerar al hombre en su específica situación social.²⁸

25 He tratado la cuestión más ampliamente en el Prieto, L.; Ibán, I. C. y Motilla, A., *Curso de derecho eclesiástico*, Madrid, Universidad Complutense, 1991, pp. 206 y ss.

26 Vid. Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, pp. 78 y ss.

27 Así, por ejemplo, en “Sobre la cuestión judía” (1844), *Escritos de juventud*, ed. de F. Rubio, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1965, pp. 55 y ss.

28 Vid. Barcellona, P., *Fomazione e sviluppo*, p. 95.

Se observa aquí lo que Bobbio ha llamado un proceso de *especificación*, “consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos ... el paso se ha producido del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, o sea, en la especificidad de sus diversos *status* sociales”.²⁹ En el fondo, esa especificación de los sujetos viene a ser una consecuencia de la toma en consideración de las necesidades en el ámbito de la definición de los derechos.³⁰ Los derechos sociales no pueden definirse ni justificarse sin tener en cuenta los fines particulares, es decir, sin tener en cuenta entre otras cosas las necesidades, como se supone que hacía Kant para fundamentar la moral,³¹ y, por ello, tampoco son concebibles como derechos universales en el sentido de que interesen por igual a todo miembro de la familia humana,³² ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales. Dicho de otro modo: las ventajas o intereses que proporcionan o satisfacen las libertades y garantías individuales son bienes preciosos para toda persona, mientras que las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico privadas es obviamente desigual.³³

4. *Los derechos sociales como derechos de igualdad*

Por las mismas razones, los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos, no a defenderse ante cualquier discrimi-

29 Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Madrid, Sistema, 1991, pp. 109 y 114.

30 *Vid.* sobre esto Añón, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

31 La ética, escribe Kant, “no puede partir de los fines que el hombre quiera proponerse ... porque tales fundamentos de las máximas serán fundamentos empíricos, que no proporcionan ningún concepto del deber, ya que éste (el deber categórico) tiene sus raíces sólo en la razón pura”: *La metafísica de las costumbres*, trad. y notas de A. Cortina y J. Conill, Madrid, Tecnos, 1989, p. 232. De ahí que esa razón pura sólo nos proporcione dos derechos innatos, la libertad y la igualdad jurídica, los dos únicos que pueden ser pensados sin considerar los fines empíricos, precisamente porque son instrumentos necesarios para que cada individuo alcance los fines que se propone.

32 R. Alexy sostiene que “los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera, medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares”: *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 482.

33 *Vid.* Sadursky, W., “Economic Rights and Basic Need”, en Sampford, C. y Galligan, D. (eds), *Law, Rights and the Welfare State*, Beckenham, Croom Helm, 1986.

nación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada. Éste es el sentido general del artículo 9.2 de la Constitución española cuando ordena a los poderes públicos “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas ...”; pero, a mi juicio, derechos de igualdad sustancial pueden construirse no sólo a partir del “principio” del artículo 9.2, sino en ciertas condiciones también a partir del “derecho” del artículo 14, como tendremos ocasión de ver.

Lo que interesa destacar ahora es que esa adscripción básica de los derechos sociales a la igualdad no significa en modo alguno una división fuerte o cualitativa respecto de los derechos civiles. De una parte, porque la otra cara de la igualdad, la igualdad jurídica o ante la ley, es precisamente una de las primeras manifestaciones de las libertades individuales; pero, sobre todo, porque constitucionalmente no cabe establecer una contraposición rígida entre libertad e igualdad ni, por tanto, entre los derechos adscribibles a una u otra.³⁴ Como observa Pérez Luño, ni en el plano de la fundamentación, ni en el de la formulación jurídica, ni en el de la tutela, ni, en fin, en el de la titularidad procede trazar una separación estricta entre derechos civiles y sociales.³⁵ Acaso cabría decir, al recordar una distinción de Rawls, que los derechos sociales promueven que el valor de la libertad llegue a ser igual para todos, como igual es la atribución jurídica de esa libertad;³⁶ o, en palabras de Böckenförde, “si la libertad jurídica 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”.³⁷ Esto no significa, obviamente, que en el plano de lo concreto se excluyan las colisiones

34 Naturalmente, la afirmación del texto no sería compartida por la crítica neoliberal; por ejemplo, para Hayek, “la igualdad formal ante la ley está en pugna y de hecho es incompatible con toda actividad del Estado dirigida deliberadamente a la igualdad material o sustantiva de los individuos”: *Camino de servidumbre* (1944), trad. de J. Vergara, Madrid, Alianza Editorial, 1976, p. 111. No procede en este punto, pero sobre dicha crítica, *vid.* más ampliamente Fernández, E., “El Estado social: desarrollo y revisión”, *Filosofía política y derecho*, Madrid, M. Pons, 1995, pp. 118 y ss.

35 Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 90 y ss.

36 *Id.* Rawls, J., *Teoría de la justicia* (1971), trad. de M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 237.

37 Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, p. 74; *vid.* también Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 486 y ss.

entre la libertad y la igualdad o, más exactamente, entre la igualdad jurídica y los intentos de construir igualdades de hecho mediante tratamientos jurídicos diferenciadores.

5. El carácter de la obligación

Una quinta característica, en realidad más propia de los derechos presenciales que de los derechos sociales en general, se refiere al tipo o carácter de las obligaciones generadas por los diferentes derechos. En efecto, tras los derechos civiles y políticos existen deberes jurídicos, normalmente de abstención, que representan reglas primarias o de comportamiento por lo común con un sujeto obligado universal; en cambio, tras los derechos sociales, existen además normas secundarias o de organización³⁸ que, por así decirlo, se interponen entre el derecho y la obligación, entre el sujeto acreedor y el sujeto deudor. Tal vez éste sea uno de los motivos que explican las particulares dificultades de los derechos presenciales: las libertades generan un tipo de relación jurídica sencilla, donde los individuos saben perfectamente en qué consisten sus derechos y deberes recíprocos, mientras que estos otros derechos requieren un previo entramado de normas de organización, por cierto carentes de exigibilidad inmediata, que a su vez generan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho.

6. La dimensión subjetiva y objetiva de los derechos

Finalmente, y en parte como consecuencia de lo anterior, me parece que en los derechos sociales tiende a predominar la dimensión objetiva sobre la subjetiva. Ésta es una cuestión de grado y no un elemento esencial que permita trazar una nítida frontera entre los distintos derechos. El Tribunal Constitucional ha declarado que todos los derechos presentan esa faceta objetiva; más exactamente, que “son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional”,³⁹ y de ahí la función preferente que desempeñan en la interpretación del derecho y el in-

³⁸ En ello insiste Peces Barba, G., “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, p. 207.

³⁹ STC 25/1981.

terés público que existe en su protección.⁴⁰ Lo que sucede es que las libertades operan principalmente como derechos subjetivos, y sólo una larga tradición de reconocimiento y ejercicio de los mismos ha permitido delimitar en cada uno de ellos normas objetivas y pautas hermenéuticas aptas para inspirar la interpretación de todo el ordenamiento; mientras que en los derechos sociales ocurre aproximadamente a la inversa, pues surgen como despliegues o exigencias objetivas de la idea de Estado social, que sólo más tarde y costosamente serán articulables en forma de derechos subjetivos. Y es que, expresado de un modo trivial, si las libertades no le decían al Estado lo que debía hacer, sino más bien lo que no debía hacer, los derechos sociales nacen con el propósito de imponer ciertos comportamientos a las instituciones públicas, y ello se consigue ante todo mediante la imposición de metas o fines plasmados en normas objetivas.

III. UNA DEFINICIÓN CONVENCIONAL

Me parece que los criterios que se han enunciado y acaso algún otro que pudiera desarrollarse definen bastante bien el conjunto de los que usualmente se llaman derechos sociales o, dicho de otro modo, sería en verdad difícil indicar un derecho social que, al menos, no reuniese alguna de las características comentadas; pero es cierto que tampoco resulta fácil proponer un derecho que reúna todas ellas. Por tanto, hemos de optar. Y, seguramente, cualquier opción resulta teóricamente legítima: un laboralista, por ejemplo, puede englobar bajo el calificativo de sociales sólo los derechos específicos de los trabajadores; un iusprivatista, los que representan límites o restricciones a los dos grandes principios de la codificación moderna, la propiedad y la autonomía de la voluntad; un historiador, en fin, aquellos otros que nacieron bajo el impulso de la ideología socialista a partir de mediados del siglo XIX. El resultado de esos diferentes enfoques sólo será parcialmente coincidente.

Sin embargo, como ya hemos adelantado, desde la perspectiva de la teoría de los derechos y de los propios retos políticos y jurídicos que hoy plantea la realización del programa constitucional, acaso la discusión deba centrarse en el capítulo de los derechos prestacionales en sentido

40 STC 53/1895.

estricto;⁴¹ más concretamente, en si la caracterización básica de los derechos fundamentales como obligaciones estatales capaces de cimentar posiciones subjetivas aun *contra* la mayoría, esto es, al margen y por encima de la ley, puede hacerse extensiva a los derechos que no generan un deber de abstención o de prestaciones meramente jurídicas,⁴² sino deberes positivos de dar bienes o servicios o de realizar actividades que, si se tuvieran medios, los sujetos podrían obtener también en el mercado.

Con todo, la respuesta admite ser enfocada desde dos perspectivas, sólo en parte coincidentes. La primera y más genérica es si, a partir del principio constitucional de igualdad (artículo 14 de la Constitución española), cabe postular un trato desigual de las diferencias; esto es, un tratamiento jurídico diferente en lo normativo que persiga una igualdad sustancial en las consecuencias.⁴³ Es verdad que la construcción de igualdades de hecho mediante diferenciaciones o desigualdades jurídicas no se consigue sólo mediante prestaciones, pero también es cierto que las prestaciones en sentido estricto, tal y como aquí han sido perfiladas, sirven siempre a una finalidad de igualdad fáctica. La segunda y más concreta es si los derechos prestacionales expresos, que pueden considerarse una especificación de la genérica igualdad sustancial, pueden amparar posiciones de carácter iusfundamental. Seguidamente, ensayaremos cada una de estas perspectivas.

Así pues, en lo sucesivo, por derechos sociales entenderemos sólo derechos prestacionales en sentido estricto; esto es, aquéllos cuyo contenido obligacional consiste en dar bienes o proporcionar servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello. Aunque nada impide que tales prestaciones sean asumidas por particulares, por ejemplo, por el empresario que debe garantizar medios de seguridad e higiene en el trabajo, aquí nos ocuparemos sólo de los derechos que generan obligaciones frente a los poderes públicos, y que, además, lo hacen *desde* la Constitución, sin perjuicio de que hayan podido ser o de que sean en el futuro desarrollados por la normativa ordinaria. A su vez, adoptaremos dos perspectivas: la de la igual-

41 Vid. Cossío, J. R., *Estado social y derecho de las prestaciones*, pp. 44 y ss.

42 Como ya se ha indicado, en sentido amplio, numerosos derechos son o requieren algún género de prestación estatal, como la defensa jurídica, el diseño de procedimientos o de normas de organización, etcétera.

43 De igualdad referida a actos y de igualdad referida a consecuencias habla Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 403.

dad sustancial entendida como una exigencia del genérico principio de igualdad, y la de los concretos derechos prestacionales, tanto en su dimensión de normas objetivas como en su posible carácter de derechos subjetivos.

IV. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1. *La igualdad y los derechos sociales*

La igualdad sustancial o de hecho puede constituir el vehículo para incorporar al acervo constitucional un principio genérico en favor de las prestaciones, y de hecho así ha de suceder en aquellos países, como Alemania, cuyas Constituciones carecen de una tabla de concretos derechos prestacionales. Pero es que, además, es fácil comprobar que esta forma de entender la igualdad está presente o se conecta a cada uno de los rasgos característicos de los derechos sociales que fueron examinados en el epígrafe anterior: por ejemplo, el establecimiento de desigualdades jurídicas para crear igualdad de hecho sólo es concebible desde las instituciones, mientras que acaso la más perfecta igualdad formal se daría en un estado de naturaleza preestatal, donde nadie se viera diferenciado cualquiera que fuese su situación o su conducta. Asimismo, numerosos derechos prestacionales son expresiones concretas de la igualdad sustancial, pues consisten en un dar o en un hacer en favor de algunos individuos según ciertos criterios que introducen inevitablemente desigualdades normativas. Más claramente aún, la construcción de igualdad de hecho sólo tiene presente al hombre concreto, que es el único que puede sufrir una desigualdad fáctica; pues, si no fuera así, si tuviese presente al “hombre abstracto”, ninguna desigualdad jurídica podría justificarse; a su vez, la igualdad jurídica genera frente al poder un deber nítido de abstención o no discriminación, mientras que la igualdad de hecho genera obligaciones más complejas, de organización, procedimiento y prestación; y, en fin, mientras que la igualdad jurídica se manifiesta en una posición subjetiva, la igualdad sustancial se vincula más bien al principio objetivo del Estado social y sólo muy costosamente permite diseñar posiciones subjetivas de desigualdad jurídica o normativa.

Sin embargo, y al margen de la conexión entre la igualdad sustancial y las características que hemos postulado para los derechos sociales, aquí lo que interesa subrayar es su papel al servicio de los derechos presta-

cionales. Y es que, en efecto, el principio prestacional o un derecho concreto a prestaciones puede ser reivindicado a través de dos caminos, no excluyentes pero distintos: el primero consiste en invocar una concreta norma constitucional que, bien en forma de derecho o de directriz, proteja de modo singular una pretensión a cierto bien o servicio, como el trabajo, la vivienda, la cultura, etcétera. Un segundo camino, que intentaremos recorrer ahora, supone apelar a la igualdad en su versión de que han de ser tratadas de modo desigual las situaciones de hecho diferentes.

En el marco de una Constitución como la española, que el Estado *puede* dar vida a desigualdades normativas con el fin de alcanzar igualdad de hecho es algo que está fuera de toda duda, aunque, por supuesto, no es una competencia absoluta, sino limitada, entre otras cosas, por el propio principio de igualdad jurídica. El artículo 9.2 de la Constitución española, sostiene el Tribunal Constitucional, permite “regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material”;⁴⁴ más concretamente, “debe admitirse como constitucional el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de su diferente régimen jurídico”.⁴⁵ El problema, por tanto, no es si el legislador o el gobierno pueden, sino si *deben*, en algunos casos, dar vida a desigualdades jurídicas con el fin de superar desigualdades de hecho. Visto desde el lado subjetivo: si cabe defender un derecho fundamental a un tratamiento desigual a partir del artículo 14, lo que requiere un análisis del conjunto del precepto.

2. Las exigencias de la igualdad

Según una célebre fórmula, “la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justo y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.⁴⁶ De forma más abreviada, lo igual debe ser tratado igual, y lo desigual de modo desigual. Ahora bien, ¿cuándo dos cosas, dos personas o dos situaciones son iguales? Cabe decir, como primera aproximación, que mediante la igualdad “se describe, se instaura o se prescribe una relación

44 SCT 98/1985.

45 SCT 14/1983.

46 Aristóteles, *Política*, ed. de J. Marjás y M. Araujo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 83.

comparativa entre dos o más sujetos u objetos que poseen al menos una característica relevante en común”.⁴⁷ Por consiguiente, el juicio de igualdad excluye tanto la identidad como la mera semejanza. Excluye la identidad, porque parte de la diversidad, esto es, parte de dos sujetos distintos, pero respecto de los cuales se hace abstracción de las diferencias para subrayar su igualdad en atención a una característica común; la identidad se produce “cuando dos o más objetos tienen en común todos sus elementos o características”; mientras que la igualdad “supone una identidad parcial, es decir, la coincidencia de dos o más objetos en unos elementos o características desde un determinado punto de vista y haciendo abstracción de los demás”.⁴⁸ Y se distingue también de la semejanza porque, si bien ésta implica asimismo que exista algún rasgo común, no obliga a hacer abstracción de los elementos propios o diferenciadores.

Por ello, dado que nunca dos personas o situaciones vitales son iguales en todos los aspectos, los juicios de igualdad no parten nunca de la identidad, sino que son siempre juicios sobre una igualdad fáctica parcial. Pero, como las personas son siempre iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros, resulta que los juicios fácticos sobre igualdad-desigualdad parcial no nos dicen todavía nada acerca de si el tratamiento jurídico debe ser igual o desigual:⁴⁹ que los sujetos “A” y “B” desarrollen la misma profesión supone que son parcialmente iguales, pero no que merezcan el mismo tratamiento a todos los efectos; que “C” y “D” tengan profesiones distintas supone que son parcialmente desiguales, pero no impide que merezcan el mismo tratamiento en ciertos aspectos. Como escribe Rubio, la igualdad que se predica de un conjunto de entes diversos ha de referirse, no a su existencia misma, sino a uno o varios rasgos en ellos discernibles; “cuáles sean los rasgos de los términos de la comparación que se tomarán en consideración para afirmar o negar la igualdad entre ellos es cosa que no viene impuesta por la naturaleza de las realidades mismas que se comparan ... toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada”, y la fijación de ese *tertium* “es una decisión libre, aunque no

47 Comanducci, P., *Assagi di metaetica*, Turin, Giappichelli, 1992, p. 108.

48 Pérez Luño, A. E., “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, p. 134. Vid. también Westen, P., *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of ‘Equality’ in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, 1990, pp. 62 y ss.

49 Vid. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 387.

arbitraria, de quien juzga”.⁵⁰ La igualdad es, pues, un concepto normativo y no descriptivo de ninguna realidad natural o social.⁵¹

Esto significa que los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades o desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas. Afirmar que dos sujetos merecen el mismo trato supone valorar una característica común como relevante a efectos de cierta regulación, y hacer abstracción tanto de los rasgos diferenciadores como de los demás ámbitos de regulación. Ambas consideraciones son inescindibles: postular que una cierta característica de hecho que diferencia o iguala a dos sujetos sea relevante o esencial no proporciona ningún avance, si no añadimos *para qué* o en *función de qué* regulación jurídica debe serlo; “según a qué efectos, todos los supuestos de hecho o situaciones personales son absolutamente iguales o absolutamente desiguales entre sí sólo la consecuencia jurídica puede ser diferencial”.⁵² Y del mismo modo, decir que dos sujetos son destinatarios del mismo o de diferente tratamiento jurídico constituye una mera constatación de la que no cabe derivar ulteriores conclusiones, si no decimos en razón de qué circunstancias existe uniformidad o diferencia.

El punto central consiste, pues, en determinar los rasgos que representan una razón para un tratamiento igual o desigual, rasgos que han de ser al mismo tiempo el criterio de la clasificación normativa, esto es, de la condición de aplicación, y el *fundamento* de la consecuencia jurídica.⁵³ La concurrencia de una circunstancia o propiedad debe ser, por tanto, el criterio que defina el universo de los destinatarios de la norma y, asimismo, la razón o fundamento de la consecuencia en ella prevista. Si no me equivoco, esta valoración conjunta de elementos fácticos y normativos es lo que la jurisprudencia constitucional denomina razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad: existe discriminación cuando “la desigualdad del tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable”.⁵⁴ Para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento

50 Rubio, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, pp. 12 y ss.

51 Vid. Calsamiglia, A., “Sobre el principio de igualdad”, en Muguerza, J. *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, p. 89.

52 Carrasco, A., “El principio de no discriminación por razón de sexo”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 67, 1985, pp. 18 y ss.

53 Vid. Laporta, F., “El principio de igualdad. Introducción a su análisis”, *Sistema*, núm. 67, 1985, pp. 18 y ss.

54 SCT 34/1981.

desigual “esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable”;⁵⁵ el principio de igualdad exige “que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hechos iguales sean, asimismo, iguales, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido en la norma”.⁵⁶ Por eso, la distinta edad de las personas es seguramente irrelevante a casi todos los efectos, pero no en lo relativo a la jubilación;⁵⁷ asimismo, la diferencia entre español y extranjero no sería, sin duda, razonable si a ella quisiera unirse una tipificación distinta de delitos y penas; pero, al parecer, se convierte en razonable cuando se trata de la posibilidad de trabajar en España.⁵⁸

Así pues, el principio de igualdad se traduce en una exigencia de fundamentación racional de los juicios de valor que son inexcusables a la hora de conectar determinada situación —con exclusión de otras situaciones— a una cierta consecuencia jurídica. La referencia a los criterios materiales (necesidades, méritos, etcétera) a la razonabilidad y a la proporcionalidad es, por tanto, una remisión a la justificación racional de la decisión.⁵⁹ Las igualdades y desigualdades de hecho no son más que el punto de partida para construir igualdades y desigualdades normativas, cuya justificación no puede apelar sólo a la mera facticidad, sino que, partiendo de ésta, ha de construirse mediante un ejercicio argumentativo.

Sucede, sin embargo, que la igualdad presenta una doble faceta (tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual), por lo que en buena lógica parece que necesitarían el mismo grado de justificación tanto las normas que establecen diferenciaciones como las regulaciones uniformes u homogeneizadoras, o, dicho de otro modo, qué tan exigible sería el derecho a ser tratado igual como el derecho a la diferenciación. Lo cierto es que, seguramente por motivos pragmáticos, esa simetría entre ambas dimensiones se rompe en favor de la primera: “la igualdad no tiene necesidad, como tal, de justificación. El deber de justificación pesa, en cambio, sobre las desviaciones de la igualdad”.⁶⁰ Es como si se partiese de un “orden natural” (y, por cierto, desigual) de las cosas, sobre el que

55 SCT 33/1983.

56 STC 176/1989. Vid. Jiménez Campo, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pp. 71 y ss.

57 SCT 75/1983.

58 SCT 107/1984.

59 Calsamiglia, A., “Sobre el principio de la igualdad”, p. 109.

60 Comanducci, P., *Assagi di metaetica*, p. 110, y Laporta, F., “El principio de igualdad”, p. 26.

operaría el derecho que establecería clasificaciones o diferencias “artificiales”; estas últimas serían las que deben justificarse. Con todo, dicha presunción posiblemente no carezca de fundamento; pues, si aceptamos la hipótesis de que los mandatos del legislador persiguen fines valiosos y de que sus prohibiciones tratan de evitar resultados indeseables, entonces parece razonable que, *en principio*, deban vincular a todos los destinatarios del derecho; clasificar o diferenciar requiere por tanto una razón especial. R. Alexy concreta esa asimetría en las dos reglas siguientes: “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”; “si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”;⁶¹ reglas que, en su opinión, encarnan un postulado básico de la racionalidad práctica, que es “la carga de la argumentación para los tratamientos desiguales”.⁶²

Este último autor añade una argumentación en favor de la prioridad de la igualdad jurídica, y es que ésta, al fijarse sólo en el tratamiento jurídico y no en sus consecuencias fácticas, puede ser aplicado con mucha mayor facilidad que la igualdad de hecho, mientras que, cuando se persigue la igualdad sustancial, ha de justificarse que efectivamente las medidas normativas de diferenciación serán capaces de apuntar hacia una igualación de hecho en el ámbito vital que se considere relevante. Por ejemplo, si el Estado decide que un cierto grupo de niños obtenga educación gratuita atendiendo a su renta familiar, el juicio de igualdad *de iure* no necesita plantearse si con tal medida se limita la desigualdad entre niños pobres y ricos, sino sólo si han quedado indebidamente excluidos algunos niños; en cambio, el juicio de igualdad sustancial no puede dejar de considerar la razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de la norma en relación con las situaciones de hecho y a la luz del fin perseguido, esto es, de limitar la desigualdad entre ricos y pobres en materia educativa. La igualdad *de iure* acepta el criterio clasificatorio del legislador (la renta familiar), salvo que sea radicalmente arbitrario; en cambio, la igualdad sustancial exige justificar que precisamente ese criterio que introduce desigualdades normativas es en sí mismo racional para obtener igualdades de hecho.

61 Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 395 y ss.

62 *Ibidem*, p. 405.

Enfocado de este modo, no cabe duda de que el principio de igualdad deja abierto un ancho campo de libre configuración legislativa, es decir, un campo donde tratamientos iguales y desiguales resultan simultáneamente lícitos o admisibles. Pues, en efecto, mientras que la exigencia de una regulación desigual requiere una razón que imponga precisamente el tipo de desigualdad que pretende establecerse, la justificación de un tratamiento igual requiere tan sólo que no logre justificarse la obligatoriedad de la distinción; en consecuencia, allí donde exista sólo una razón que permita la desigualdad, queda autorizada tanto una regulación igualitaria como diferenciadora. Dicho de otra forma, inicialmente un control sobre el legislativo por violación del principio de igualdad sólo procede: *a*) cuando estamos en presencia de un tratamiento desigual, sin ninguna razón que lo permita, y *b*) cuando estamos en presencia de un tratamiento igual, habiendo una razón que lo impida. Por ello, que un tratamiento desigual no resulte arbitrario o carente de razón no significa que, *contrario sensu*, un tratamiento igual haya de reputarse arbitrario.

Hasta aquí hemos hablado del ámbito general cubierto por el principio de igualdad, que la Constitución reconoce en el primer inciso del artículo 14: “los españoles son iguales ante la ley”. Sin embargo, el mismo precepto añade: “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Estas especificaciones constituyen casos de “igualdad normativa”,⁶³ es decir, casos en que el tratamiento igualitario viene impuesto, no desde la racionalidad argumentativa, sino desde la propia disposición constitucional. Igualdad normativa que no se circunscribe a lo indicado en el artículo 14; del artículo 39.2, por ejemplo, se deduce la igualdad de los hijos con independencia de su filiación, y de las madres, con independencia del estado civil, lo que significa que tales elementos (filiación y estado civil) no son razonables como criterios para establecer distinciones en la posición jurídica de hijos o madres. Pues bien, si antes hemos hablado de razones que permiten o imponen un trato diferencial, ahora nos encontramos ante razones que prohíben dicha diferenciación. La raza o el sexo son así criterios prohibidos a la hora de delimitar el contenido o el ámbito de eficacia de las normas.

La prohibición es, sin embargo, relativa. Como ya tuvimos ocasión de comentar en el capítulo precedente, “si esta carga de la demostración del

63 Carrasco, A., “El principio de no discriminación por razón de sexo”, p. 28.

carácter justificado de la diferenciación es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad ..., tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta”.⁶⁴ Los “criterios prohibidos” del artículo 14 pueden, en consecuencia, ser tomados en consideración como fundamento de un tratamiento desigual, en especial si tenemos en cuenta que el precepto alude conjuntamente a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, que obviamente, si se interpretase literalmente, impediría cualquier género de distinción, esto es, el ejercicio mismo de la potestad legislativa.⁶⁵ De manera que estos criterios representan simplemente una razón más intensa para la prohibición de la desigualdad normativa, pero una razón que puede quedar superada por otras razones que en el caso tengan un peso superior. Tan sólo cabe exigir entonces un control más estricto, un *stric scrutiny*⁶⁶ o, si se quiere, una carga suplementaria de argumentación. En otras palabras, las especificaciones del artículo 14 vienen a recordar que, por regla general, la raza, el sexo o la religión no constituyen elementos razonables para diseñar un tratamiento jurídico particular.⁶⁷

Sin embargo, ni esas especificaciones del artículo 14 ni ningún otro criterio excluyen por completo o con carácter general toda posible distinción normativa; es más, razones de igualdad sustancial pueden militar en favor de la desigualdad de *iure* y entonces cabe que alguno de los “criterios prohibidos” opere expresamente como base de la diferenciación. Así, por ejemplo,

la referencia al sexo en el artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Con todo, en la perspectiva del artículo 9.2 de la Constitución española, de pro-

64 SCT 81/1982.

65 Ruiz Miguel, A., “La igualdad como diferenciación”, *Derechos de la minoría y grupos diferenciados*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1994, pp. 288 y ss.

66 Rubio, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, p. 31.

67 Una interpretación distinta y no carente de argumentos es que los “criterios” del artículo 14 no son simples ejemplos del mandato general de igualdad, sino tipos específicos de desigualdad que se traducirían en una prohibición de discriminaciones injustas, como la llamada discriminación inversa. *Vid.* Ruiz Miguel, A., “Las huellas de la igualdad en la Constitución”, en Reyes-Mate, M. (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Madrid, Argenteria, Visor, 1995, pp. 116 y ss. En todo caso, creo que la discusión no es aquí relevante: se interpreten como se interpreten, los criterios del artículo 14 no encarnan en prohibiciones absolutas, sino razones que pueden ser superadas.

moción de las condiciones de igualdad no se considera discriminatorio que ... se adopten medidas de acción positiva en beneficio de la mujer.⁶⁸

Ahora bien, si no existe *a priori* ninguna razón que impida un trato diferenciador, tampoco debe existir ninguna razón que lo imponga. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional: el artículo 14 no funda un derecho a exigir divergencias de trato, sino un derecho a no sufrir discriminación.⁶⁹ Esto no significa propiamente que un trato diferente no pueda venir impuesto en algunas ocasiones, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional,⁷⁰ sino que ese trato diferente no puede ser exigido sólo como un imperativo de la segunda parte del principio de igualdad, es decir, de aquella dimensión que ordena tratar de forma desigual lo que es desigual. Por tanto, que lo desigual debe ser tratado de forma desigual supone tan sólo que pueden existir razones que permitan o que, valoradas todas las demás razones en pugna, impongan dicha desigualdad, no que exista algún criterio que siempre y en todo caso obligue a la diferenciación. Del mismo modo que ni siquiera los criterios del artículo 14 prohíben *siempre* su utilización como elementos de trato diferenciado, así tampoco existe ningún criterio que, en virtud de la máxima de igualdad, imponga siempre un trato desigual; y ello pese a que, lo mismo que existen “igualdades normativas”, existen también “desigualdades normativas”, como la contenida en el artículo 103,3 cuando establece que mérito y capacidad son dos criterios que deben valorarse en el acceso a la función pública.⁷¹

Así pues, igualdad *de iure* e igualdad de hecho, o igualdad formal y real,⁷² son modalidades tendencialmente contradictorias, pues quien “de-see crear igualdad de hecho tiene que aceptar desigualdades *de iure*”,⁷³ dado que el logro de la igualdad real consiste precisamente en operar

68 STC 3/1993. Sobre el particular, *vid.* el reciente debate en tomo a “Igualdad y discriminación inversa”, *Doxa*, núm. 19, 1996, con trabajos de A. Ruiz Miguel, R. Guiborug, M. V. Ballesteros y M. Atienza.

69 SCT 52/1987 y 48/1989.

70 “El principio de igualdad, si bien ordena tratar de modo distinto a lo que es diferente, también exige que haya una correspondencia o proporcionalidad ...”, STC 50/1991.

71 Que el mérito y la capacidad sean circunstancias que obligan a establecer diferencias en el acceso a la función pública no significa, por cierto, que, a su vez, no puedan ser superadas por razones más fuertes. Por ejemplo, la STC 269/94 considera legítima la reserva de plazas de funcionario en favor de los minusválidos, pues entiende que no constituye una discriminación (que *de iure* lo es), sino al contrario, un restablecimiento de la igualdad de hecho en la línea del artículo 9.2.

72 Laporta, F., “El principio de igualdad”, p. 27.

73 Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 404.

diferenciaciones de tratamiento normativo a fin de compensar por vía jurídica una previa desigualdad fáctica. Son modalidades tendencialmente contradictorias, pero que han de convivir en el plano constitucional, y de ahí que tampoco exista ninguna razón *a priori* que imponga siempre, cómo razón definitiva, un tratamiento desigual, y ello aunque sólo sea porque habrá de enfrentarse a las razones que avalen o apoyen la igualdad *de iure* y porque esta clase de igualdad suele tomar como criterio de distinción alguno de los prohibidos por el artículo 14.⁷⁴

Todo ello pone de relieve que la tensión entre igualdad *de iure* e igualdad *de facto*, entre tratamientos normativos homogéneos y diferenciados, se manifiesta como un conflicto entre principios; esto es, según estudiamos en el capítulo anterior, como un conflicto que no se salda con la pérdida de validez o con la postergación definitiva de alguno de los elementos en pugna, sino que el triunfo de uno u otro depende de las circunstancias del caso y requiere un ejercicio de ponderación singular. La igualdad opera siempre a partir de igualdades y desigualdades fácticas parciales que postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor uno de los subprincipios que componen la igualdad: tratar igual lo que es igual, y siempre habrá alguna razón para la igualdad, pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, y siempre habrá también alguna razón para la desigualdad, pues no hay dos seres humanos ni dos situaciones idénticas. Ciertamente, como hemos indicado, parece existir una prioridad de la igualdad sobre la diferenciación, de manera que la regla podría describirse del siguiente modo: siempre existe alguna razón para la igualdad y, por tanto, ésta debe postularse mientras que alguna desigualdad fáctica —que siempre existirá— no proporcione una razón que permita o que, valoradas las razones en pugna, imponga una regulación diferenciada.

3. *La igualdad sustancial*

Así pues, la cuestión reside en si las desigualdades de hecho pueden justificar el establecimiento de desigualdades jurídicas orientadas precisamente a eliminar o limitar el alcance de las primeras y justificar, además, en calidad de una posición subjetiva vinculada al artículo 14; esto

74 Rubio, F. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, p. 35.

es, como una razón que en última instancia puede imponer, y no sólo permitir, el tratamiento normativo desigual. Por tanto, el problema es doble: de un lado, determinar qué tipo de desigualdades de hecho cabe alegar como fundamento de una desigualdad jurídica; y segundo, si en algún caso aquéllas desigualdades son capaces de representar una razón suficiente que imponga el trato desigual.

Naturalmente, el primero de los interrogantes no puede ser respondido aquí, pues encierra nada menos que la justificación política del Estado social, de cuándo y en qué medida pueden alterarse las leyes “naturales” (naturales en sentido estricto, pero también de fortuna social) que permiten una participación desigual de las personas en el conjunto de los bienes y de las expectativas. Baste decir (pues esto es ahora suficiente) que las desigualdades que han de ser compensadas son las desigualdades inmerecidas, pues, en palabras de Kymlicka, “las porciones distributivas no debieran estar influidas por factores que son arbitrarios desde el punto de vista moral”.⁷⁵ Es obvio que no toda diferencia debe combatirse; al contrario, algunas deben tolerarse y hasta tutelarse. Como escribe Ferrajoli, “el principio (o deber) de tolerancia sirve para fundar el conjunto de los derechos de libertad”; pero, además, “debe hablarse de un principio (o deber) de no tolerancia, que vale para fundamentar el concepto de los derechos sociales”: aquello que está en la base de los derechos civiles, creencias y planes de vida debe ser tolerado; aquello otro que está en la base de los derechos sociales, carencias o pobreza no debe tolerarse.⁷⁶

Pero volviendo al segundo problema, ¿en qué medida la igualdad material puede dar lugar a pretensiones concretas e inmediatamente exigibles?; con base en los artículos 14 y 9.2 y sin mediación legislativa, ¿es posible reclamar una desigualdad de trato del mismo modo que se reclama la eliminación de una discriminación directa o negativa?; ¿pueden las exigencias de igualdad sustancial fundamentar una posición análoga a la que proporcionan las exigencias de igualdad formal?; en suma, si cabe pedir que “los iguales sean tratados como iguales”, ¿cabe pedir también que “los desiguales sean tratados como desiguales”?; ¿es posible que al-

⁷⁵ Kymlicka, W., *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, trad. de R. Gargarella, Barcelona. Ariel, 1995, p. 70.

⁷⁶ Ferrajoli, L., “Tolleranza e intollerabilità nello stato di diritto”, *Analisi e Diritto a cura di P. Comanducci e R. Guastini*, Turin, Giappichelli, 1993, p. 289.

guna razón para la igualdad de hecho imponga y no sólo permita el diseño de una desigualdad normativa?

Como se recordará, la norma de la desigualdad presenta dos peculiaridades: la primera es que funciona siempre como un principio, pues, aunque haya razones para la desigualdad, siempre habrá alguna para la igualdad; lo que significa que proporcionará en todo caso razones *prima facie*, que han de “combatir” con principios opuestos. La segunda es que, así como la igualdad resulta obligada cuando no exista ningún motivo que permita el trato desigual, este último, en cambio, requiere que exista una razón suficiente que, valoradas todas las razones en pugna, ordene el tratamiento desigual.⁷⁷ Por tanto, la cuestión es si este último caso puede concebirse en el marco del actual Estado constitucional.

Ciertamente, existe una dificultad inicial de no pequeño alcance, y es que la igualdad de hecho se presta a múltiples interpretaciones y concepciones, sin que la Constitución contenga un programa preciso de distribución, ni una prelación exacta de las necesidades atendibles. Una “política social” desarrollada por el Tribunal Constitucional cercenaría la libertad de configuración que en este campo se reconoce al legislador, único sujeto facultado para escoger, de entre las distintas concepciones, la que en cada ocasión debe imperar. Además, y ésta es la otra cara de la misma moneda, la igualdad material requiere importantes recursos financieros, escasos por definición, cuyo reparto forma parte también de la libertad política de quien representa a la voluntad popular. Por tanto, un reconocimiento expreso de pretensiones subjetivas de igualdad de hecho con base únicamente en la interpretación del artículo 14, y sin mediación legislativa, supondría una intromisión exorbitante del Tribunal Constitucional en el ámbito de la discrecionalidad del Parlamento. Como veremos, no ocurre exactamente lo mismo ante derechos expresos de naturaleza prestacional, pues éstos, por numerosas que sean las dificultades que presentan, entrañan ya una cierta decisión constitucional en favor de la urgencia o exigibilidad de determinados requerimientos de igualdad de hecho.

Por otra parte, aunque unido a lo anterior, desde el punto de vista de la jurisdicción constitucional, la igualdad formal opera de un modo muy distinto a como lo hace la igualdad material. Porque la primera, en efecto, se traduce en una exigencia negativa que se acomoda bien a la propia

⁷⁷ Vid. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 408 y ss.

naturaleza del Tribunal, concebido como legislador negativo; éste, cuando declara que una ley, una sentencia o una decisión viola la igualdad ante la ley, desempeña normalmente una tarea de anulación, supresión o eliminación, en suma, de depuración del ordenamiento. En cambio, reconocer que alguien tiene derecho a una prestación porque así lo exige la igualdad material implica una labor positiva, propiamente normativa, donde el Tribunal sustituye al legislador, dado que ha de crear una norma que vincule determinada prestación con cierta posición de hecho.

Sin embargo, y aunque la articulación jurisdiccional tropiece con serias dificultades, las objeciones que hemos visto no impiden por completo que, en ciertos casos, pretensiones de igualdad material puedan formularse como posiciones subjetivas amparadas por el derecho fundamental a la igualdad. Desde luego, un reconocimiento abierto o general de pretensiones de esta naturaleza parece inviable, pero un reconocimiento matizado no debe excluirse. En concreto, creo que esa viabilidad se da en tres supuestos: primero, cuando la igualdad material viene apoyada por un derecho fundamental de naturaleza prestacional directamente exigible, lo que supone una toma de posición constitucional que elimina toda ulterior discusión; por ejemplo, se tiene derecho a la educación gratuita en ciertos niveles, sin necesidad de invocar una exigencia de igualdad sustancial, pues “el derecho de todos a la educación [presenta] una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad ...”.⁷⁸

El segundo supuesto tiene lugar cuando una pretensión de igualdad sustancial concurre con otro derecho fundamental, aun cuando no sea de naturaleza prestacional. Naturalmente, sería del todo apresurado suponer que las libertades “negativas” generan sin más un derecho a obtener prestaciones concretamente exigibles. De nuevo hay que decir que, si bien los poderes públicos *pueden* “subvencionar” la libertad,⁷⁹ no están obligados a hacerlo. Sin embargo, al menos hay un caso en que cabe afirmar que una libertad o garantía genera una exigencia de igualdad material

⁷⁸ SCT 86/1985.

⁷⁹ Por ejemplo, “el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no sólo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades”: STC 24/1982.

traducible en una prestación: el derecho a la defensa y asistencia de letrado.⁸⁰

En efecto, ya en una temprana sentencia de 1982, el Tribunal Constitucional observaba que tal derecho, concebido inicialmente en el marco del Estado de derecho, había de ser reinterpretado en el marco del Estado social, y sugería que “la idea del Estado social de Derecho y el mandato genérico del artículo 9.2 exigen seguramente una organización del derecho a ser asistido de Letrado que no haga descansar la garantía material de su ejercicio por los desposeídos en un *munus honorificum* de los profesionales de la abogacía”.⁸¹ Más claramente, proporcionar asistencia letrada “se torna en una obligación jurídicoconstitucional que incumbe singularmente a los órganos judiciales”, hasta el punto de que puede originarse una situación de indefensión “si al litigante carente de recursos económicos no se le nombra un defensor de oficio”.⁸²

Así pues, la garantía de la tutela judicial efectiva no genera un derecho universal al asesoramiento gratuito de abogado, pero sí puede fundamentar una pretensión de esa naturaleza cuando el sujeto, además de hallarse en una situación de necesidad económica, resulta acreedor a la tutela que ofrece el artículo 24. Esto es, el artículo 24 protege unos derechos que se postulan como universales, de manera que, ante carencias de hecho, puede poner en marcha acciones de igualdad material; o, si se prefiere, a la inversa: una medida de igualdad material se hace concretamente exigible cuando de la misma depende una garantía a la que “todos tienen derecho”.

Finalmente, el último supuesto se produce cuando una exigencia de igualdad material viene acompañada por una exigencia de igualdad formal. Porque, en efecto, uno de los problemas que presenta la discriminación positiva es que suele faltar un *tertium comparationis* suficientemente sólido o convincente: que el Estado subvencione la educación o atienda las situaciones de extrema necesidad no puede ser invocado como discriminatorio por quien pretende una vivienda gratuita o de precio reducido, pues, según hemos dicho, la Constitución carece de un programa

80 Curiosamente, el mismo caso sirve de ejemplo para ilustrar la jurisprudencia alemana e italiana a propósito de la igualdad sustancial. Vid. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 403; Bin, R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1992, p. 116.

81 SCT 42/1982.

82 SCT 132/1992.

ordenado de distribución de los recursos. Otra cosa sucede, sin embargo, si los poderes públicos deciden entregar viviendas gratuitas a una cierta categoría de personas y utiliza en la delimitación de esa categoría un criterio irracional, falta de proporción o de cualquier modo infundado; entonces, una pretensión de igualdad material, en principio no exigible ante el Tribunal Constitucional, se fortalece o adquiere virtualidad gracias al concurso de la igualdad formal: el legislador *decide* que esa pretensión está justificada, pero “clasifica” mal el núcleo de destinatarios merecedores de la misma y, por tanto, quienes resultan discriminados pueden reclamar unos beneficios a los que, de otro modo, no tendrían derecho.

Ésta es la razón de ser de muchas de las llamadas sentencias aditivas del Tribunal Constitucional;⁸³ es decir, de aquellas decisiones en las que el Tribunal extiende a sujetos no mencionados en la norma los “beneficios” en ella previstos; por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 103/1983, que amplió para los viudos el régimen de pensiones más favorable establecido para las viudas; o la STC 116/1987, que consideró que los militares republicanos ingresados en el Ejército después de la rebelión del 18 de julio de 1936 merecían iguales atenciones que aquellos que lo hicieron con anterioridad. Muy probablemente, ni los viudos ni los viejos defensores de la república hubiesen podido fundar una pretensión iusfundamental para la obtención de cierta clase de pensión o ayuda de no ser porque el legislador decidió previamente que tal pretensión estaba justificada para cierto colectivo “análogo”. Es verdad que las consideraciones de igualdad sustancial no bastan y que se requiere, además, el concurso de la igualdad formal; esta última proporciona el término de comparación que permite considerar irracional la exclusión de un sujeto o grupo, y con ello la justificación de la pretensión iusfundamental.

Ciertamente, este género de sentencias plantea problemas tanto desde el punto de vista de las relaciones entre el legislador y el juez constitucional, como desde la perspectiva de la articulación de la igualdad en forma de prestaciones. Lo primero porque, como es obvio, las “adiciones” o manipulaciones⁸⁴ convierten a quien, en la concepción kelseniana,

83 R. Bin las denomina más claramente “sentencias aditivas de prestación”: Bin, R., *Diritti e argomenti*, p. 117.

84 Por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional italiana 215/1987 ordena que allí donde la ley dice que “será facilitada” la integración de los minusválidos en la escuela, en lo sucesivo diga que “será garantizada”. *Vid. ibidem*, p. 119.

era un legislador negativo en un legislador positivo.⁸⁵ Y lo segundo, porque el Tribunal es un órgano poco idóneo o casi imposibilitado para establecer las estructuras administrativas, los procedimientos y las variadas modalidades que exigen o admiten los derechos prestacionales.⁸⁶ Con todo, si las sentencias aditivas prestacionales son posibles, es porque resultan también posibles pretensiones basadas en la igualdad material.

Así pues, la Constitución, desde los artículos 14 y 9.2, no ampara directamente posiciones iusfundamentales de igualdad de hecho o, si se prefiere, lo hace con un carácter fragmentario que exige el concurso de otras razones; es decir, de otros derechos o de la propia igualdad formal. Más concretamente, parece que los “complementos” que requiere la igualdad sustancial desempeñan funciones distintas. La concurrencia de un derecho prestacional inmediatamente exigible, como la enseñanza, implica la consagración constitucional de una concreta pretensión que se adscribe a la igualdad de hecho; que los poderes públicos tienen la obligación de prestar el servicio de la enseñanza supone, por ello, una toma de posición que elimina toda ulterior discusión: se tiene derecho a la educación gratuita en ciertos niveles, sin necesidad de invocar el artículo 14. A su vez, la concurrencia de un derecho en principio no prestacional, como el derecho de defensa y a la tutela efectiva, implica una cierta presunción de que el bien tutelado es valioso y merece protección; esto es, que, entre los múltiples objetivos que pueden perseguir las acciones positivas de prestación, hay algunos que aparecen “privilegiados” por la Constitución (los derechos fundamentales), lo que representa en consecuencia una razón fuerte en favor de la adopción de medidas de igualdad material. Por último, la presencia de un argumento de igualdad *de iure* o ante la ley significa que, de entrada, no existiría un derecho constitucional a prestaciones, pero que, dada la opción legislativa en favor de ofrecer esas prestaciones a ciertos destinatarios, un imperativo de racionalidad o coherencia exige su extensión a otros sujetos.

El resultado puede parecer en verdad bastante modesto, pero creo que no deja de ser significativo a estas alturas del Estado constitucional. De-

85 Vid. Rubio, F., “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, p. 38, ahora en *La forma del poder*, pp. 495 y ss.; Gascón, M., “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, pp. 66 y ss.

86 Vid. Elia, L., “‘Constitucionalismo cooperativo’ ‘racionalidad’ y ‘sentencias aditivas’ en la jurisprudencia italiana sobre control de normas”, *División de poderes e interpretación*, Madrid, Tecnos, 1987.

jando a un lado el caso de los concretos derechos prestacionales, que será examinado de inmediato, lo cierto es que el mandato del artículo 9.2, por sí solo, no se muestra capaz de imponer obligaciones de naturaleza prestacional, y ello no sólo por razones de ubicación sistemática. La concurrencia de una razón de igualdad formal, fundamento de las comentadas sentencias aditivas, viene a poner de relieve justamente que, en esos supuestos, se construye una posición acreedora por parte de un sujeto en virtud de su discriminación formal y no sólo de su desigualdad material; por ejemplo, si se concede cierta pensión no es porque se tenga un derecho fundamental a recibirla, sino, más bien, porque se ostenta un derecho fundamental a no ser discriminado. Y, a su vez, la presencia de un derecho “negativo” (derecho a la vida, libertad religiosa, derecho de asociación, etcétera) puede representar efectivamente una razón favorable para que el legislador acuerde y pueda justificar una prestación “promocional”, pero sospecho que, al menos hoy por hoy en nuestro sistema, el conjunto de los derechos y libertades sólo de forma excepcional (la citada asistencia letrada gratuita, tal vez un derecho al “mínimo vital”) permiten imponer o exigir a ese mismo legislador una obligación positiva o de prestación, y esto último es lo que, a mi juicio, significa tener un derecho fundamental.

V. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES

1. *El problema de su valor jurídico*

Creo que existe una cierta conciencia de que los derechos sociales en general y, muy particularmente, los derechos prestacionales o no son auténticos derechos fundamentales, lo que representa una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación. Esto ocurre incluso en la que parece ser la filosofía política dominante, que concibe estos derechos como expresión de principios de justicia secundarios, cuando no peligrosas confirmaciones del criterio utilitarista que amenaza el disfrute de los derechos individuales; o sea, en ningún caso se trata de triunfos frente a la mayoría e, incluso, en no pocas exposiciones, aparecen como los principales enemigos que han de superar esos triunfos.⁸⁷ Consecuentemente, de otro lado, en el panorama que ofre-

⁸⁷ He tratado este punto en mis *Estudios sobre derechos fundamentales*, pp. 43 y ss.

cen los ordenamientos de corte liberal, los derechos prestacionales tienden a situarse en el etéreo capítulo de los principios programáticos, muy lejos, desde luego, de las técnicas vigorosas de protección que caracterizan a los derechos fundamentales.⁸⁸ La simple lectura del artículo 53 de la Constitución española confirma esta impresión: existen unos derechos civiles y políticos intangibles para el legislador y rodeados de múltiples garantías, y existen unos principios (ni siquiera derechos) rectores de la política social y económica que “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Ciertamente, no todos los derechos prestacionales se hallan recogidos en el capítulo III del título I, ni, por cierto, en ese capítulo hay sólo derechos prestacionales, pero no cabe duda de que el grueso de la que pudiéramos llamar promesa prestacional de la Constitución se encuentra bajo dicha rúbrica. Por eso, es muy significativo el juicio de uno de los primeros comentaristas: el capítulo III, decía Garrido Falla en 1979, “está lleno de declaraciones retóricas que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico”;⁸⁹ pues, para que una declaración tenga carácter jurídico, no basta su inclusión en un texto constitucional o legal, sino que, además, es necesario “que tenga estructura lógica de norma jurídica: que sea una orden, un mandato, prohibición ... ”;⁹⁰ esto es, que adopte una determinada estructura lingüística imperativa.

Ésta es una idea ampliamente extendida. Por citar sólo un par de ejemplos, decía E. Forsthoff que el intento de dar vida a derechos sociales “tenía que fracasar, porque formulaciones de este tipo no son aptas para fundamentar derechos y deberes concretos ”.⁹¹ Más rotundamente, escribe Ph. Braud, que “los derechos obligaciones positivas ... no son normas jurídicas, pues carecen de una condición indispensable: la aptitud para la efectividad” y, siendo así, “se sitúan fuera del Derecho”.⁹²

88 Vid. Cascajo, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, pp. 77 y ss.

89 Garrido Falla, F., “El artículo 53 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, 1979, p. 176.

90 Garrido Falla, F., “Comentario al artículo 53”, en Garrido Falla, F. et al., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, p. 590.

91 Forsthoff, E., *El Estado de la sociedad industrial*, trad de L. López Guerra y J. Nicolás Muniz, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 258.

92 Braud, Ph., *La notion de liberté publique en droit français*, París, LGDJ, 1968, pp. 152 y ss.

Me parece que esta posición ha sido hoy mayoritariamente abandonada, pues “ya no se puede dar por buena la vieja tesis, de la época de Weimar, según la cual la imposibilidad de la aplicación inmediata de los derechos sociales constitucionales viene dada por su propia indeterminación”.⁹³ Sin duda, los principios rectores del capítulo III, como todos los valores y principios de la Constitución, tienen naturaleza jurídica y participan de la fuerza propia de las normas constitucionales.⁹⁴ Ante todo, porque la formulación lingüística del precepto no es un criterio definitivo para separar el derecho de las buenas intenciones; pues, al margen de que no todos los derechos prestacionales aparecen con la misma estructura lingüística, lo cierto es que la concepción del positivismo teórico a propósito de las normas puede considerarse superada: sencillamente, no es cierto que allí donde falta un supuesto de hecho o una consecuencia jurídica perfectamente delimitados falte una norma jurídica. Que las normas materiales de la Constitución sean “en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas”⁹⁵ no representa ninguna dificultad a su carácter vinculante. En suma, la fuerza jurídica y el valor constitucional de las disposiciones de principio están hoy suficientemente acreditados;⁹⁶ y, por otra parte, la llamada retórica constitucional no es monopolio del capítulo III, sino que es posible hallarla en otros pasajes constitucionales, incluso dentro de la sección 1a. del capítulo II, como en el artículo 27.2.

2. Dimensión objetiva de los derechos prestacionales

En cuanto que normas objetivas, las cláusulas que recogen derechos sociales o prestacionales vinculan a todos los poderes públicos, incluido el legislador, por lo que, en principio, nada impide que sean invocados en cualquier instancia jurisdiccional y, por supuesto, que sirvan de parámetro para el juicio de constitucionalidad. Böckenförde ha resumido esa vinculación efectiva en tres aspectos: el fin o programa que supone un

93 Cascajo, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, p. 70. En igual sentido, Garrorrena, A., *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Murcia, Universidad de Murcia, 1980, pp. 66 y ss., y Cossío, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, p. 252.

94 *Vid.* el estudio más detallado de Aragón, M., *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 74 y ss.

95 *Vid.* Rubio, F., “La Constitución como fuente del derecho”, p. 63.

96 He tratado la cuestión más detenidamente en *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 135 y ss.

derecho prestacional se sustrae a la en otro caso libertad del legislador; es inadmisibles la inactividad o la desatención evidente y grosera por parte de los poderes públicos; y, por último, la satisfacción conferida a un derecho prestacional, una vez establecida, se muestra relativamente irreversible, en el sentido de que está protegida frente a una supresión definitiva o frente a una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera.⁹⁷

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional pone de relieve que la toma en consideración de los principios rectores y de los derechos prescacionales, en cuanto que normas objetivas, no es meramente retórica. Por ejemplo, en una cuestión de inconstitucionalidad acerca del artículo 160 de la Ley de Seguridad Social de mayo de 1974, el Tribunal acude al principio rector del artículo 41 nada menos que para considerar caduco un modelo de seguridad social basado en el principio contributivo y de compensación frente al daño, y sustituirlo por un sistema basado en la protección frente a la necesidad o la pobreza económica. En concreto, “acoger el estado o situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección implica una tendencia a garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección”.⁹⁸ Y, confirmando esta doctrina, una sentencia posterior declara que la seguridad social representa hoy una “función del Estado” cuya finalidad constitucional es la “reducción, remedio o eliminación de situaciones de necesidad”.⁹⁹

Precisamente, con motivo de otro asunto sobre pensiones, el Tribunal tuvo oportunidad de sentar una doctrina bastante nítida acerca del valor de los principios rectores y de su importancia en la interpretación constitucional. Ante todo, pone de relieve la conexión existente entre el principio del Estado social y democrático de derecho (artículo 1.1), la igualdad sustancial (artículo 9.2) y los principios rectores del capítulo III, cuyo régimen jurídico establecido en el artículo 53.3 “impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales

97 Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, p. 81.

98 SCT 103/1983.

99 STC 65/1987. La STC 37/1994, si bien reconoce la libertad del legislador para modular la acción protectora del sistema, recuerda que el artículo 41 “consagra en forma de garantía institucional un régimen público” cuyo “núcleo o reducto indisponible por el legislador ... ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

como de las leyes”. Particularmente en este caso, el juego de los tres criterios enunciados se muestra fundamental para enjuiciar cuándo una desigualdad jurídica entraña discriminación; más aún, el artículo 50, relativo a la protección de la vejez, resulta ser un “criterio de interpretación preferente”.¹⁰⁰ Cabe decir que hoy ésta es una doctrina plenamente consolidada: los principios rectores, “al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 de la Constitución”.¹⁰¹

La proclamación del valor normativo de los principios rectores es frecuente en la jurisprudencia constitucional, si bien la concreta operatividad de los mismos no resulta siempre uniforme y generalmente depende de la presencia de otras disposiciones constitucionales relevantes para el caso. Así, en ocasiones, los principios vienen a justificar limitaciones a ciertos derechos que de otra manera acaso no podrían formularse: la protección del medio ambiente (artículo 45) juega como límite a la explotación de los recursos naturales y al aumento de la producción, en suma, al derecho de propiedad;¹⁰² del mismo modo, la política de pleno empleo (artículo 40) supone una limitación de un derecho individual, que “se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real efectiva y la participación de todos en la vida económica del país”.¹⁰³ Otras veces, en cambio, es el propio Tribunal el que armoniza distintas disposiciones, y concreta el alcance de algún principio; por ejemplo, el principio de protección a la familia (artículo 39) no sólo constituye un límite a la embargabilidad de bienes,¹⁰⁴ sino que permite derivar, a través del artículo 14, una igualdad “por arriba” entre civiles y militares en materia de embargo de haberes;¹⁰⁵ y el genérico principio del Estado social, unido a las exigencias de la igualdad sustancial, obliga a realizar la equiparación de sexos extendiendo la regulación más favorable:

dato el carácter social y democrático del Estado de Derecho ... y la obligación que al Estado imponen los arts. 9.2 y 35 ... debe entenderse que no se puede

100 SCT 19/1982.

101 SCT 14/1992.

102 SCT 64/1982 y 66/1991.

103 SCT 22/1981.

104 SCT 113/1989.

105 SCT 54/1986.

privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino.¹⁰⁶

Finalmente, si antes vimos que un derecho prestacional inmediatamente exigible como la educación daba lugar a posiciones subjetivas de igualdad sustancial, cabe constatar también que la conexión de esta última a una directriz o principio rector puede hallarse en la base de una norma objetiva. En este sentido, la jurisprudencia en materia de igualdad de la mujer trabajadora resulta interesante; al menos, por dos motivos: primero, porque el sexo no sólo constituye uno de los criterios “prohibidos” por el artículo 14 en orden al establecimiento de desigualdades normativas, sino porque, además, el artículo 35.1 reitera que, en materia laboral, “en ningún caso puede hacerse discriminación por razón de sexo”; y segundo, porque el enunciado prestacional que sirve para amparar desigualdades jurídicas en favor de una igualdad de hecho para la mujer resulta ser tan amplio o impreciso como el contenido en el artículo 39.2: “los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección de las madres”. Pues bien, pese a ello, el Tribunal Constitucional “no puede ignorar” que existe una realidad de hecho discriminatoria para la mujer, por lo que, en tanto perdure, “no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social”;¹⁰⁷ es más, el mandato de “interdicción de la discriminación implica también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre”.¹⁰⁸

La jurisprudencia examinada creo que pone de relieve una virtualidad y una insuficiencia. La virtualidad es que los principios rectores y los derechos prestacionales que derivan de los mismos encarnan normas objetivas de eficacia directa e inmediata al menos en dos aspectos: como cobertura de una acción estatal, que en otro caso pudiera resultar lesiva

106 STC 81/1982. Por cierto, en esta sentencia pudiera apreciarse un atisbo del principio de irreversibilidad de las conquistas sociales; *vid.* Parejo, L., *Estado social y administración pública*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 89 y ss. Sin embargo, no creo que el Tribunal Constitucional llegue tan lejos: la igualación “por arriba” entre trabajadores y trabajadoras es una opción interpretativa estimulada por los principios del Estado social y de la igualdad sustancial, pero ello no impide que “en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual”.

107 SCT 128/1987.

108 SCT 109/1993.

desde la perspectiva de ciertos derechos y libertades, y como pautas interpretativas de disposiciones legales o constitucionales, lo que permite soluciones más acordes con el modelo del Estado social. En consecuencia, sirven principalmente para justificar leyes ya dictadas desde el impulso político o también para escoger significados posibles dentro del ámbito semántico de esas leyes. En particular, creo que esta última es la dimensión más interesante desde el punto de vista de la interpretación constitucional: dada la pluralidad de significados, es decir, de normas que cabe obtener de todo enunciado lingüístico,¹⁰⁹ los principios rectores se muestran como razones a favor de escoger aquéllas más acordes con la igualdad sustancial y, en general, con los valores que están detrás del capítulo III.

La insuficiencia me parece que también es doble: primero, y seguramente por la propia formulación lingüística de los principios rectores, por lo común indicativa y genérica, no puede decirse que resulte habitual invocarlos como parámetro *único* para acordar la inconstitucionalidad de una ley, aunque ello no resulte jurídicamente imposible; si cabe decirlo así, los principios rectores entran en escena más para respaldar al legislador que para sancionarlo. Y es que los enunciados constitucionales resultan aquí lo suficientemente amplios como para que casi cualquier política pueda justificarse, pero también para que casi ninguna pueda reputarse como obligatoria. La segunda, y acaso más importante, es que, a partir de los principios rectores, es difícil construir posiciones subjetivas de prestación no sólo porque existan dificultades procesales para que los sujetos titulares puedan reivindicar su cumplimiento, dos problemas que conviene a mi juicio separar, sino por otras razones que serán seguidamente examinadas.

3. *Dimensión subjetiva de los derechos prestacionales*

Así pues, que la toma en consideración de los derechos prestacionales resulte relevante todavía no demuestra que los mismos puedan cimentar auténticas posiciones subjetivas iusfundamentales del mismo tipo que las que nacen de las libertades individuales; es decir, posiciones que supongan el reconocimiento constitucional a determinada prestación en ausencia de ley que desarrolle el principio rector, o incluso contra la voluntad

109 Vid. Guastini, R., *Dalle fonti alle norme*, Turín, Giappichelli, 1990, pp. 15 y ss.

de la mayoría expresada en la ley. Pero, para abordar esta cuestión, conviene aclarar dos aspectos: el estatus constitucional de los derechos prestacionales y las eventuales dificultades de su tutela judicial derivadas de la exigencia de desarrollo legislativo.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, conviene advertir que, si bien la mayor parte de los derechos prestacionales aparecen en el devuelto capítulo III, algunos otros gozan de la máxima protección jurídica. Ya hemos tenido oportunidad de referirnos a la asistencia y defensa letrada; desde luego, es evidente que aquí los poderes públicos tienen una cierta libertad de configuración en orden a regular las formas y modalidades de las prestaciones; pero, en ningún caso, hasta el punto de suprimir o debilitar absolutamente el derecho: en determinadas circunstancias, toda persona tiene derecho a obtener y el Estado, la obligación de proporcionar defensa letrada gratuita. Lo mismo cabe decir del derecho a la educación: también aquí el legislador dispone de una amplia discrecionalidad para organizar la enseñanza; pero, al final, ha de garantizar la escolarización gratuita de todos los niños en los niveles básicos, y ésta es sin más una pretensión accionable ante los Tribunales incluido el Constitucional.¹¹⁰ En ambos casos, y por muy amplia que sea la libertad de configuración del legislador como consecuencia de la propia imprecisión del precepto, el estatus constitucional fuerte de estos derechos prestacionales, es decir, su inclusión en la sección 1a. del capítulo II, parece resolver el problema de su tutela judicial; luego este último no deriva inicialmente, como a veces parece pensarse, sólo de la estructura lingüística del enunciado que reconoce el derecho: aunque sea mucho lo que le corresponde decir al legislador, la tutela judicial del derecho a la asistencia letrada o a una prestación educativa está fuera de duda, y esa iniciativa se proyecta lógicamente sobre dimensiones subjetivas.

Sin embargo, y ésta es la segunda cuestión previa, resulta que la mayor parte de los derechos prestacionales aparece recogida en el capítulo III del título I y, por tanto, se ve afectada por el artículo 53.3: los principios rectores/derechos prestacionales “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero “sólo po-

110 En cambio, como es comprensible, el Tribunal Constitucional ha interpretado muy cautamente el artículo 35, donde se reconoce el derecho al trabajo. En su opinión, ese derecho presenta dos dimensiones muy distintas de libertad, tutelada por el artículo 35, y de prestación, que adscribe, en cambio, al artículo 40.1, que simplemente establece que los poderes públicos “realizarán una política orientada al pleno empleo”. *Vid.* STC 22/1981.

drán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Como ya se ha dicho, la redacción del precepto no es muy afortunada, pero en modo alguno puede suponerse que los artículos 39 y siguientes de la Constitución no sean alegables ante los tribunales ordinarios, pues, si su reconocimiento, respeto y protección debe informar la “práctica judicial”, es evidente que no sólo son alegables, sino que deberán ser aplicados por los tribunales. En realidad, lo que el precepto parece querer decir es que los principios rectores no generan todavía derechos en sentido técnico;¹¹¹ es decir, no amparan una concreta acción ante la justicia dirigida a obtener la prestación “prometida”. Las normas constitucionales son directamente invocables y aplicables en el curso de cualquier controversia jurídica, pero su configuración como verdaderos derechos accionables ante la jurisdicción requiere la mediación del legislador, cuya función será concretar el alcance de la declaración, establecer formas de tutela, etcétera. Esta conclusión se obtenía con mayor claridad de la primitiva redacción del precepto,¹¹² pero la fórmula vigente debe conducirnos al mismo resultado.

Ahora bien, esta exigencia de desarrollo legislativo no vacía de contenido constitucional a los derechos prestacionales, ni siquiera impide que pueda apreciarse en ellos una dimensión subjetiva. Primero, porque la intervención del legislador es *necesaria* para articular derechos subjetivos accionables ante los tribunales y sólo *conveniente* para perfilar los contornos de unos derechos que ya existen en y desde la Constitución. Y, segundo, porque el desarrollo legislativo resulta también imprescindible en otros muchos derechos fundamentales,¹¹³ y del mismo modo que en la hipótesis (absurda) de que el Estado decidiese dismantelar la organización de justicia o en la (no tan absurda) de que quisiera hacer lo propio con el sistema público de enseñanza, ni el derecho a la tutela judicial ni el derecho a la educación dejarían de ser derechos constitucionales. Así, tampoco los derechos prestacionales deben su existencia a la actitud del legislador. Pero, sobre todo, conviene insistir en que la restricción contenida en el artículo 53.3 afecta sólo a las posibilidades de tutela judicial

111 Empleo aquí la terminología de Kelsen: “un derecho subjetivo en sentido técnico [consiste] en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación”: *Teoría pura del derecho*, 5a. ed., trad. de R. Vernengo, Mexico, UNAM, 1986, p. 147.

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

113 Vid. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 496.

ordinaria, que acaso sea la principal consecuencia de la dimensión subjetiva de un derecho, pero que no se identifica con ella. El mencionado precepto no impide —entre otras cosas, porque no podría hacerlo— que por la vía interpretativa se perfilen pretensiones subjetivas a partir de enunciados prestacionales, por más que esa interpretación no pueda producirse en el curso de un proceso ordinario iniciado por el sujeto titular con el único apoyo de un principio rector.

Así pues, con desarrollo legislativo o sin él, si los derechos prestacionales del capítulo III han de informar la práctica judicial, es que pueden ser objeto de interpretación por los tribunales ordinarios, cualquiera que sea la vía judicial utilizada; y, desde luego, resultan justiciables también ante el Tribunal Constitucional, y no sólo a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, sino acaso también mediante el recurso de amparo. Ciertamente, esta posibilidad requiere una interpretación algo tortuosa, dado que los principios rectores del capítulo III están excluidos del recurso de amparo, pero creo que no se encuentra impedida por completo; por ejemplo, cabría articular dicho recurso a través de alguno de los derechos susceptibles de obtener tutela judicial mediante ese procedimiento para seguidamente ser interpretado a la luz o conexión con un derecho prestacional.¹¹⁴ En suma, que la jurisdicción ordinaria no pueda brindar tutela directa a posiciones subjetivas nacidas de un derecho prestacional mientras falte el desarrollo legislativo, según establece el artículo 53.3, no significa que en el curso de cualquier procedimiento tenga prohibida la consideración de los principios rectores, como tampoco impide que haga lo propio el Tribunal Constitucional por cualquier camino procesal, incluido el amparo, si resulta viable a través de otro derecho.¹¹⁵

Por otra parte, creo que resulta posible el recurso de amparo una vez que se haya producido el desarrollo legislativo a que alude el artículo 53.3 y, por tanto, una vez que el contenido prestacional se encuentre bien perfilado y que la jurisdicción ordinaria tenga competencia para conocer

114 Cabe hablar aquí de un ampliación del ámbito del recurso de amparo por vía de conexión, esto es, de la tutela de una garantía o derecho en principio excluido del núcleo protegido, pero que puede conectarse a otro derecho susceptible de amparo. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha defendido una especie de derecho al rango de ley orgánica a partir de una conexión entre el artículo 17.1 y el 81.1: STC 159/1986; o un derecho a la motivación de las decisiones judiciales sobre la base de la conexión del artículo 120.3 al 24.1: STC, 14/1991.

115 Por ejemplo, un derecho al “mínimo vital” podría construirse a partir del derecho a la vida (artículo 15), del principio de Estado social (artículo 1.1), conectado a la dignidad de la persona (artículo 1.1) y, en fin, de algún principio rector, como el derecho a la protección de la salud, a una vivienda digna, etcétera.

demandas directamente orientadas a la tutela del derecho en cuestión. En efecto, del mismo modo que, cuando la violación de un derecho se ha producido en una relación jurídico privada, el Tribunal Constitucional imputa la infracción al juez que no puso el adecuado remedio, considerando que en su omisión se encuentra el “origen inmediato y directo” de la violación (artículo 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional),¹¹⁶ así también, cuando un derecho prestacional concretado en la ley no resulta satisfecho por el sujeto público o privado llamado a cumplirlo y la jurisdicción deja de prestar la adecuada tutela, cabe admitir el amparo contra la sentencia correspondiente; siempre, claro está, que además pueda invocarse alguno de los derechos susceptibles de amparo, que en este caso deberá ser interpretado a la luz de la exigencia prestacional. En cierto modo, éste es el camino que parece anunciar el Tribunal cuando, ante el incumplimiento por el empresario de las medidas de sanidad e higiene en el trabajo, dice que “ la pasividad del juez ante una conducta empresarial que pusiera en peligro la vida o la integridad física de los trabajadores podría vulnerar el derecho de éstos a dichos bienes y a los preceptos que los reconocen”.¹¹⁷

Y, llegados a este punto, es decir, al punto en que un órgano jurisdiccional a través de cualquier vía o procedimiento es llamado a decidir sobre un derecho prestacional, se suscita la que acaso sea pregunta nuclear: en qué condiciones y con qué alcance puede ofrecerle tutela. Aquí quizá convenga llamar la atención sobre dos modalidades distintas de derechos prestacionales, aun cuando las consecuencias prácticas no sean, a mi juicio, muy diferentes. La primera es la modalidad de los derechos propiamente dichos, por impreciso que pueda resultar el contenido obligatorio; por ejemplo, “se reconoce el derecho a la protección de la salud” (artículo 43.1) o “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (artículo 47). La segunda modalidad es la de los principios directriz; por ejemplo, los poderes públicos “realizarán una política orientada al pleno empleo” (artículo 40.1), “mantendrán un régimen público de Seguridad social” (artículo 41) o “realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” (artículo 49).

116 *Vid.*, por ejemplo, STC 55/1983 y 18/1984.

117 ATC 868/1986.

En mi opinión, la diferencia es más bien de matiz. Como hemos visto, los principios directriz son normas programáticas o mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferente grado o, lo que es lo mismo, porque no prescriben una conducta concreta, sino sólo la obligación de perseguir ciertos fines, pero sin imponer los medios adecuados para ello, ni siquiera tampoco la plena satisfacción de aquellos fines: “realizar una política de ... u orientada a promover las condiciones para ...” en puridad no supone establecer ninguna conducta determinada como jurídicamente debida. Los enunciados normativos que presentan la fisonomía de derechos, en cambio, no serían principios abiertos, sino reglas, aunque tan sumamente imprecisas que apenas permitirían fundar pretensiones concretas por vía de interpretación: el derecho a la vivienda, por ejemplo, puede intentar satisfacerse mediante subsidios de alquiler o fijando un precio tasado o, en fin, mediante la construcción pública; por otro lado, ¿qué condiciones ha de reunir una “vivienda digna”?, ¿debe garantizarse a todos o sólo a quienes carecen de cierto nivel económico?¹¹⁸ Y lo mismo cabe decir del derecho al trabajo: entre las más modestas medidas de fomento del empleo y el ideal de que cada persona pueda gozar en todo momento de un trabajo adecuado, gratificante y seguro existe un amplísimo campo de posibilidades.

Que el enunciado constitucional y, por tanto, que el contenido obligatorio de los derechos prestacionales resulte abierto o impreciso no constituye ninguna novedad para la teoría de la interpretación, que con frecuencia ha de trabajar con conceptos no menos vagos o ambiguos. El problema reside en determinar quién es el sujeto competente para configurar de modo concreto lo que en la Constitución aparece con perfiles tan difuminados, si dicha tarea corresponde sólo al legislador y a la administración o si, por el contrario, la jurisdicción y especialmente la jurisdicción constitucional goza también de alguna competencia en esta materia. Aquí es donde aparece la principal dificultad para una consideración de los derechos prestacionales como auténticos derechos fundamentales susceptibles de tutela judicial: las prestaciones, en efecto, requieren un amplio entramado organizativo, el diseño de servicios públicos, el desarrollo de procedimientos y, sobre todo, el empleo de grandes medios financieros que implican la adopción de decisiones típicamente políticas, de “legislación positiva” que, en el marco del Estado de derecho y de

118 Vid. Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, p. 77.

separación de poderes, parecen excluidas del ámbito jurisdiccional.¹¹⁹ Sin embargo, de aceptarse íntegramente esta idea, la conclusión resultaría cuando menos desalentadora, ya que entonces los derechos prestacionales carecerían de toda dimensión subjetiva, es decir, no serían propiamente derechos justiciables,¹²⁰ ni siquiera derechos fragmentarios, sino sólo normas constitucionales objetivas con todas sus virtualidades, salvo acaso la más importante, la de ser capaces de cimentar posiciones ius-fundamentales.

Alexy ha intentado resolver el problema con una argumentación sugestiva. La idea fundamental es que, desde la Constitución, debe renunciarse a un modelo de derechos sociales definitivos e indiscutibles; las exigencias prestacionales entran siempre en conflicto con otros principios o derechos; singularmente, con la competencia legislativa y con los requerimientos de otras libertades o derechos, por lo que determinar en cada caso concreto si está justificada una prestación requiere un previo ejercicio de ponderación entre razones tendencialmente contradictorias que siempre concurrirán en mayor o menor medida. Concretamente, una posición de prestación estará definitivamente garantizada cuando el valor que está detrás de los derechos sociales, la libertad real o efectiva, exija con urgencia la satisfacción de una necesidad y, a su vez, los principios o derechos en pugna (el principio democrático en favor del legislador, las libertades de terceros, etcétera) se vean afectados de modo reducido. En opinión de Alexy, esta condición se cumple “en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar ...”.¹²¹

El Tribunal Constitucional español no parece haber llegado tan lejos, sino que, más bien al contrario, su firme reconocimiento de la libertad de configuración por parte del legislador parece impedir toda posible construcción de posiciones subjetivas de carácter prestacional. De un lado, en efecto, da a entender que de los principios rectores no cabe obtener ningún tipo de derecho subjetivo,¹²² acaso identificando la inviable tutela directa a través del recurso de amparo con la imposibilidad de perfilar posiciones subjetivas a partir de tales principios. De otro lado, subraya el carácter no vinculante de los medios necesarios para cumplir los

119 *Vid. ibidem*, pp. 76 y ss.

120 *Vid.*, en este sentido, Cossio, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, pp. 233 y ss.

121 Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 495.

122 ATC 241/1985.

finés o las prestaciones constitucionales; por ejemplo, en relación con el principio de protección familiar (artículo 39), sostiene que “es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo el mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte *a priori* constitucionalmente obligado”;¹²³ y lo mismo cabe decir de la seguridad social; pues, si bien corresponde a todos los poderes públicos la tarea de acercar la realidad al horizonte de los principios rectores, de “entre tales poderes públicos son el legislador y el Gobierno quienes tienen el poder de iniciativa... Son ellos, y no este Tribunal, quienes deben adoptar decisiones y normas ...”.¹²⁴ Finalmente, tampoco parece haber acogido el criterio de “irregresividad” que alguna doctrina creía ver en el capítulo de los derechos sociales;¹²⁵ esto es, la idea de que, si bien los derechos prestacionales no imponen una obligación de “avanzar”, sí establecen una prohibición de “retroceder”. Con independencia de que dicho criterio pueda considerarse incorporado a la Constitución, aspecto sobre el que el Tribunal rehúsa pronunciarse, resulta que del artículo 50, relativo a la protección de los ancianos, no se deduce el deber de mantener “todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las va causadas experimenten un incremento anual”.¹²⁶

Por tanto, los resultados no parecen hoy por hoy excesivamente prometedores. Sólo en alguna ocasión el Tribunal se ha pronunciado en favor de un núcleo indisponible para el legislador; así, a propósito del sistema de seguridad social, el Tribunal dice que el artículo 41 “consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo ... *un núcleo o reducto indisponible por el legislador*”.¹²⁷ Ciertamente, no queda muy claro el concreto alcance de ese núcleo, pues para determinarlo se remite a “la conciencia social de cada tiempo y lugar”, pero lo importante es que su existencia, en éste y seguramente en otros derechos prestacionales, acredita lo que pudiéramos llamar una “competencia

123 SCT 222/1992.

124 SCT 189/1987.

125 Vid. Esteban, J. de y López Guerra, L., *El régimen constitucional español*, vol. 1, con la colaboración de J. García Morillo y P. Pérez Tremps, Barcelona, Labor, 1980, p. 346, y Sagardoy, J. A., “Comentario al artículo 50”, en Alzaga, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española* Madrid, Edersa, 1984, vol. IV, p. 387.

126 SCT 134/1987. Vid. también la STC 81/1982 comentada en la nota 106 de este trabajo.

127 SCT 37/1994. Énfasis añadido.

de configuración” por parte del Tribunal, al margen y por encima del legislador, pues a la postre es al Tribunal al que corresponde traducir la “conciencia social” en exigencias concretas. Que los derechos prestacionales gozan de un núcleo indisponible significa que, al menos, algunas prestaciones representan auténticos derechos fundamentales; es decir, pretensiones subjetivas jurídicamente reconocibles con independencia de la mayoría política.

Esta idea del “núcleo o reducto indisponible” recuerda sin duda la defensa del “contenido esencial” que establece la Constitución para los derechos del capítulo II (artículo 53.1). Algunos autores han querido ver precisamente en esa cláusula del “contenido esencial” el elemento o rasgo definidor de la fundamentalidad de un derecho en nuestro sistema,¹²⁸ lo que directamente conduce a los principios rectores a las tinieblas de la no fundamentalidad y acaso a la imposibilidad de construir mediante ellos posiciones subjetivas. No creo que ésta sea una consecuencia ineludible: con independencia del juego que permita esa especial garantía del contenido esencial,¹²⁹ lo cierto es que los principios rectores son enunciados constitucionales y todos los enunciados constitucionales, por el mero hecho de serlo, han de ostentar algún contenido esencial o núcleo indisponible para el legislador. Una conclusión diferente llevaría al resultado paradójico de que, en nombre de una mejor protección de ciertos derechos, se habría desactivado o disminuido la tutela de las demás normas constitucionales.

A mi juicio, las dificultades que se oponen a una consideración más vigorosa de los derechos prestacionales como auténticos derechos por parte de la jurisprudencia constitucional son las cuatro siguientes: inviabilidad del recurso de amparo, libertad de configuración en favor del legislador, necesidad de dictar normas organizativas y de comprometer medios financieros y, finalmente, posible colisión con otros principios o derechos constitucionales. Por lo que se refiere al primer aspecto, ya se ha indicado que no parece por completo imposible sostener en vía de amparo una pretensión prestacional cuando ésta pueda conectarse a uno de los derechos especialmente tutelados; pero, en cualquier caso, nada

128 Cossío, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, pp. 68 y ss.

129 Cuestión sumamente discutida y que he tratado en mis *Estudios sobre derechos fundamentales*, capítulos VI y VII. *Vid.* también Gavara, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

impide que el Tribunal proceda al reconocimiento de esas posiciones subjetivas a través de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad: una cosa es que se excluya cierta acción procesal y otra distinta poder ostentar un derecho a cierta prestación, derecho que el Tribunal puede reconocer como parte del “núcleo indisponible”. Si existe una esfera intangible, ésta puede ser identificada por el Tribunal Constitucional y de la misma pueden también formar parte dimensiones subjetivas, con independencia de que el titular encuentre impedida su defensa mediante el recurso de amparo.

La segunda dificultad, la libertad de configuración del legislador, en realidad no es una verdadera dificultad para la jurisdicción constitucional, pues el artículo 53.3 lo único que establece es que los principios rectores requieren desarrollo legislativo para ser alegados (como derechos subjetivos, según se ha visto) ante la jurisdicción ordinaria. Si los principios del capítulo III son auténticas normas constitucionales, bien que abiertas o imprecisas, y esto es algo que nunca ha puesto en duda el Tribunal, entonces resulta que la famosa libertad de configuración del legislador ha de relativizarse de modo notable. Si esa libertad se traduce en una ausencia o en una insuficiencia de legislación, entonces el Tribunal puede suplir la omisión del Parlamento; al menos, dentro de los límites del núcleo indisponible. Del mismo modo que una reserva de ley establecida por la Constitución “no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una ley posterior”,¹³⁰ así tampoco la falta de desarrollo legislativo de un principio rector convierte a éste en un enunciado jurídicamente inexistente. Y si aquella libertad se traduce en una defectuosa regulación, la labor de suplencia puede sustituirse, siempre dentro del ámbito de indisponibilidad, por una labor de corrección. En suma, habida cuenta del carácter de los enunciados del capítulo III, cabe reconocer en relación con ellos una mayor libertad del legislador, pero no hasta el punto de anular por completo la virtualidad de las disposiciones constitucionales. Lo único que, con seguridad, depende exclusivamente de la voluntad del legislador es la articulación de los instrumentos procesales para que el titular del derecho pueda hacerlo valer en la jurisdicción ordinaria; la libertad de configuración es también muy amplia en relación con el contenido del derecho, es decir, con las obligaciones que de él derivan,

130 SCT 18/1981.

pero en ningún caso puede ser absoluta, si es que no se quiere vaciar por completo el significado de las disposiciones constitucionales.

Ahora bien, ¿dentro de qué márgenes puede moverse la acción del Tribunal Constitucional? Aquí aparece la tercera dificultad enunciada: los derechos prestacionales suelen requerir cuantiosos recursos financieros, cuya distribución es competencia del Parlamento, así como una “legislación positiva” que desarrolle procedimientos, organice servicios, etcétera. Tampoco estas dificultades son insuperables. De un lado, no es algo inédito que las sentencias del Tribunal presenten efectos económicos gravosos para el Estado; por ejemplo, ya hemos citado la que estableció la obligación de la asistencia y defensa letrada, o la que decidió que ciertas pensiones en favor de las viudas debían extenderse también a los viudos. Y en cuanto al diseño de servicios y procedimientos, si bien es cierto que el Tribunal no es el órgano más adecuado para llevarlo a cabo, conviene indicar dos cosas: primera, que tampoco son por completo desconocidas las sentencias aditivas donde el Tribunal actúa como un legislador positivo, haciendo, por tanto, lo que en principio no está llamado a hacer;¹³¹ y segunda, que, en algunas ocasiones, el Tribunal no ha tenido ningún inconveniente en reconocer derechos allí donde la Constitución remitía a una ley claramente organizativa y procedimental, como ocurrió con la jurisprudencia sobre la objeción de conciencia anterior a que se dictase la legislación pertinente, mediante la que el Tribunal dotó de un mínimo contenido a un derecho que el artículo 30.2 ordena que se regule “con las debidas garantías”; entre ellas, la posibilidad de imponer una prestación social sustitutoria.¹³² En suma, es cierto que la distribución de los recursos financieros y la organización de servicios públicos es competencia del legislador, no del Tribunal, pero tampoco se trata de un criterio absoluto que nunca pueda ser superado por otras razones que en algún caso se muestren más urgentes; entre ellas, una exigencia constitucional de naturaleza prestacional.

Finalmente, el problema de la colisión con otros derechos y libertades es, de nuevo, un problema común a todos los derechos fundamentales,

131 En este contexto, las sentencias aditivas son aquéllas en que, para salvar una discriminación, en lugar de anular una norma que establece la desigualdad injustificada, se extiende su ámbito a personas o situaciones inicialmente no contempladas. Ya han sido citadas al hablar del principio de igualdad sustancial.

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

que el Tribunal ha de resolver con las mismas herramientas de la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, etcétera. Si la libertad de expresión puede entrar en conflicto con el derecho al honor y esto no supone que entre ambos derechos exista un orden o jerarquía estricta, sino que el problema se resuelve caso por caso, otro tanto sucede, por ejemplo, con el conflicto entre el derecho a la vivienda y la propiedad privada, o entre el derecho al trabajo y la autonomía de la voluntad. No existe un orden de prelación estricto, y que los principios en pugna sean adscribibles a uno u otro capítulo o fragmento de la Constitución tan sólo tiene, en la mayoría de los casos, un valor indicativo; a la postre, sólo en el momento interpretativo encuentran solución tales conflictos.

VI. ENTRE LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA

Suele decirse que el Estado constitucional es un marco de convivencia que permite la alternancia política y, por tanto, el establecimiento y desarrollo de distintas y aun contradictorias concepciones ideológicas, que preserva los derechos de las minorías y, en consecuencia, asegura la integración de todos los individuos y grupos. Simplificando, el Estado constitucional democrático se caracteriza, porque mucho debe quedar a la libre configuración del legislador, pero bastante también reservarse a la esfera de lo inaccesible para la mayoría. Sin embargo, sería seguramente erróneo pensar que entre el ámbito de lo innegociable y el ámbito de lo político es posible trazar una frontera material nítida y rigurosa; acaso es cierto que algunos fragmentos constitucionales se inscriben más bien en el capítulo de la justicia, mientras que otros pertenecen principalmente al capítulo de la política, pero ni la configuración legislativa está excluida por completo en el primero, ni la configuración judicial puede hallarse en absoluto ausente del segundo.

Suponer que hay “materias” de la justicia inaccesibles para el legislador, al margen de evocar un cierto iusnaturalismo, resultaría muy poco democrático; pero suponer que existen “materias” de la política inaccesibles para el juez resultaría con seguridad muy poco constitucional. Por ello, tal vez en lugar de pensar en “materias”, deberíamos pensar en círculos de competencia. Desde luego, tampoco aquí la separación puede ser tajante, pero, cuando menos, apunta en un sentido susceptible de conjugar los dos principios en pugna: el principio de la democracia, pues ningún ámbito queda sustraído a la particular concepción de la mayoría;

y el principio de la constitucionalidad o de defensa de la posición del individuo incluso frente a la mayoría, pues ningún ámbito queda absolutamente al arbitrio de la política. En el fondo, es un problema de límites: hasta dónde se extiende la libertad de configuración de la ley, y a partir de qué punto no puede abdicar la actuación judicial en defensa del núcleo irreductible de la justicia (de la justicia expresada en la Constitución, por supuesto).

La cuestión es que esos límites no son idénticos respecto de todas las disposiciones constitucionales. Para ceñirnos al tema de los derechos, las diferencias entre aquéllos que se adscriben principalmente a la esfera de la justicia y aquellos otros que se reclaman principalmente de la esfera de la política resultan patentes. De un lado, y éste es quizá el lado más visible, porque la propia Constitución traza expresamente límites distintos, sobre todo en el artículo 53; de otro, porque, como se ha visto, presentan un carácter e incluso una formulación lingüística dispar, que hace que los derechos prestacionales se adapten mucho peor a las instituciones y técnicas propias de la jurisdicción. Basta recordar algunas de las características ya examinadas: apertura o imprecisión del contenido obligatorio, relativa indeterminación de los sujetos obligados, necesidad de contar con un entramado de normas secundarias o de organización sólo al alcance de un “legislador positivo”, exclusión del recurso de amparo, limitaciones a la justiciabilidad, etcétera.

Pero, al hablar de la adscripción a la justicia o a la política, hemos subrayado que aquélla se produce sólo principalmente; es decir, no de modo absoluto o completo. Para evocar una fórmula de éxito, si nos tomamos en serio los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica, o sea, si nos tomamos en serio *toda* la Constitución, la justicia no puede quedar excluida de ningún capítulo; lo que significa, ni más ni menos, que los derechos prestacionales han de tener algún núcleo irreductible y que éste representa un contenido intangible para la libertad de configuración del legislador. Cuál sea ese núcleo de intangibilidad es algo que, ciertamente, sólo puede determinar el Tribunal Constitucional, y para ello cuenta con muy escasas orientaciones que, por otra parte, suelen resumirse en algo tan evanescente como la “conciencia social”, la opinión generalizada en cada tiempo y lugar acerca de qué prestaciones en favor del individuo son irrenunciables para que éste pueda ejercer efectivamente sus libertades y derechos. Pero esta remisión,

que sin duda puede considerarse insatisfactoria, tampoco resulta nueva o desconocida en la interpretación constitucional, pues, como ya se comentó, otro tanto sucede cuando ha de formularse el *tertium comparationis* en el juicio de igualdad del artículo 14: para determinar que un tratamiento normativo igual o desigual de dos personas o situaciones es razonable, la Constitución sólo ofrece un marco de referencia (los criterios prohibidos del artículo 14, por ejemplo); pero, en último término, es el juez quien decide invocar algo así como la conciencia jurídica de la comunidad.

Ahora bien, si todos los derechos fundamentales presentan dos facetas, la objetiva y la subjetiva, otro tanto deberá ocurrir con su núcleo indisponible. Como ya se ha dicho, cabe aceptar que los derechos prestacionales o, en general, los derechos sociales ostentan un mayor peso objetivo que subjetivo, o, si se prefiere, que su dimensión de normas objetivas ofrece unos perfiles más acusados y mejor definidos que su dimensión de derechos subjetivos; justamente al contrario de lo que sucede con las libertades y con los derechos civiles. Pero tampoco esta diferencia puede ser absoluta, ni llegar al límite de que toda prestación haya de concebirse como un mero reflejo de normas objetivas. De los principios rectores del capítulo III, tanto si presentan la fisonomía de derechos como si se formulan en términos de principio directriz, cabe obtener un contenido subjetivo prestacional que, al menos en una pequeña parte, habrá de integrarse en el núcleo intangible, esto es, en aquella esfera en que la conciencia social, interpretada irremediablemente por el Tribunal Constitucional, considera que no puede ser objeto de abandono si es que ningún precepto constitucional puede ser concebido como un enunciado superfluo.

Por supuesto, las restricciones que impone la Constitución sobre los principios rectores no son de pequeño alcance; básicamente, que no pueden ser objeto de amparo y que la acción procesal en su defensa ante la jurisdicción ordinaria queda supeditada al desarrollo legislativo.

Pero, al margen de que, como hemos intentado mostrar, pueden buscarse algunos resquicios que hagan viable la justiciabilidad, conviene insistir en que el derecho a la tutela judicial y la dimensión subjetiva de un derecho son cosas diferentes. Nada impide que el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en un recurso o cuestión de inconstitucionalidad, perfile exigencias subjetivas de carácter prestacional a partir de un principio

rector, aun cuando el sujeto titular se halle por el momento imposibilitado de reclamarlas judicialmente.

Como ha observado Zagrebelsky,¹³³ las Constituciones de nuestros días son documentos pluralistas y dúctiles, y ello en varios sentidos. Primero, porque no representan el fruto exclusivo de una ideología o concepción del mundo, sino que son más bien obra del pacto y del consenso alcanzado por fuerzas distintas a partir de mutuas concesiones;¹³⁴ documentos integradores, por tanto, de contenidos materiales tendencialmente contradictorios entre los que no cabe trazar una rigurosa jerarquía, sino que han de ser preservados en su conjunto, dejando un ancho margen a la configuración legislativa, pero también a la ponderación judicial. Y segundo, porque una Constitución de este tipo ya no permite concebir las relaciones entre legislador y juez, entre política y justicia, en los términos estrictos y formalmente escalonados propios del Estado de derecho decimonónico, sino que obliga a una concepción más compleja y, si se quiere, más cooperativa de las fuentes del derecho, donde un principio de equilibrio y flexibilidad venga a moderar la antaño rígida subordinación. Con una Constitución de principios, difícilmente puede hablarse de “materias” sustraídas a la justicia, como también resultaría poco realista pensar en “materias” sustraídas a la política.

Ideológicamente o políticamente, los derechos prestacionales expresan una perspectiva diferente a la que en su día encarnaron las libertades y derechos civiles. Para decirlo de un modo simplificado, si estos últimos son consecuencia de la concepción liberal de la sociedad política, aquéllos lo son de la concepción socialista. Si la Constitución es un acuerdo integrador, por supuesto no sólo pero sí principalmente entre esas dos filosofías que atraviesan el mundo contemporáneo y que tantas veces han sido banderas de lucha y conflicto, entonces ningún contenido constitucional puede quedar hasta tal punto devaluado que sea excluido de la protección de la justicia. Por consiguiente, los derechos sociales han de tener un núcleo intangible, cuya configuración, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva, sólo puede corresponder finalmente al Tribunal Constitucional.

Vistas así las cosas, no parece que la teoría de los “dos mundos” con que a veces quiere describirse el modelo de derechos fundamentales sea

133 *El Derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 14 y ss.

134 Sobre ello y en relación con la Constitución española ha insistido particularmente Peces Barba; por ejemplo, en *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

una imagen adecuada. De un lado, en efecto, se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde, como suele decirse, la mejor ley es la que no existe; donde sólo existen jueces defensores armados con la coraza constitucional y políticos amenazadores guiados por intereses parciales. De otro, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir. A mi juicio, no es ésta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno. Sin dejar de constatar diferencias de régimen jurídico e incluso de formulación lingüística entre los distintos derechos, una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución como marco de integración de una sociedad pluralista creo que debería propiciar una imagen mucho más compleja y flexible. La justicia y, sobre todo, la justicia constitucional no puede abdicar de su competencia de configuración sobre los derechos sociales, competencia naturalmente compartida con el legislador, y cuyos límites, sin entrar en la dogmática particular de cada derecho, es imposible trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social.