

LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA LETRA DE LA LEY CUANDO SU ESPÍRITU ES INDECISO *

Social Rights in the Spanish Constitution: On the Importance of the Letter of the Law When its Spirit is Indecisive

M.^a JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS **

Fecha de recepción: 05/06/2024
Fecha de aceptación: 04/07/2024

Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ISSN: 0008-7750, núm. 59 (2025), 103-127
<https://doi.org/10.30827/acfs.v59i.31010>

RESUMEN Bien sea por falta de rigor, bien como respuesta a una actitud dubitativa por parte del constituyente, lo que parece cierto es que la Constitución habría establecido un sistema de equilibrios. Un sistema que, en virtud de lo que se desprende de la legislación y la jurisprudencia posterior, no debe ser interpretado únicamente a la luz de la declaración de Estado social de Derecho, sino que en igual consideración han de tenerse las detalladas disposiciones del articulado. Un sistema de equilibrios que, se diría, trata de hallar un punto intermedio entre los dos paradigmas que parece acoger: el liberal y el social. Paradigmas que no sólo se observan en la solidez de las garantías conferidas a los derechos civiles y políticos frente a la debilidad de los sociales, sino que también se advierten en el bloque de constitucionalidad y en un importante sector de la doctrina.

Palabras claves: Paradigmas Jurídicos, Fuerza Normativa, Fundamentalidad, Derechos Sociales, Regresividad, Jurisprudencia, Organizaciones Internacionales.

ABSTRACT Whether due to a lack of rigor, or as a response to a doubtful or unclear attitude on the part of the constituent, what seems certain is that the Constitution would have established a system of balances. A system that, by virtue of what is deduced from subsequent legislation and jurisprudence, should not be interpreted solely in light of the declaration as a social State of Law, but the detailed provisions of the articles must be taken into equal consideration. A system of balances that, one might say, tries to find an intermediate point between the two paradigms that it seems to embrace: the liberal and the social. Paradigms that are not only observed in the solidity of the guarantees

* Para citar/citation: González Ordovás, M.J. (2025). Los derechos sociales en la Constitución española: sobre la importancia de la letra de la ley cuando su espíritu es indeciso. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 59, pp. 103-127.

** Universidad de Zaragoza. Facultad de Derecho. C. de Pedro Cerbuna, 12, 50009 Zaragoza (España). Correo electrónico: mjgonza@unizar.es

granted to civil and political rights in the face of the weakness of social rights, but are also observed in the constitutionality block and in an important sector of doctrine.

Keywords: Legal Paradigms, Normative Force, Fundamentality, Social Rights, Regressivity, Jurisprudence, International Organizations.

A mi madre, siempre en el recuerdo, siempre conmigo.

1. MARCO CONCEPTUAL

1.1. *El paradigma jurídico y su relevancia*

En nuestro país no es frecuente aludir al concepto de paradigma jurídico como marco explicativo. Es probable que la indefinición y la falta de concreción explícita dificulten su toma en consideración, sin embargo, como sostiene el profesor Gaillard-Sebilleau, “el paradigma jurídico orienta de manera imperceptible la forma de pensar, de crear y de aplicar el Derecho. Desempeña el rol de matriz conceptual para los juristas estableciendo fronteras, límites a los que se entiende por jurídicamente deseable o, incluso, concebible” (Gaillard-Sebilleau, 2009, p. 171).

Con todo, ello no cierra sino abre nuevos interrogantes: ¿qué debe entenderse por paradigma jurídico y hasta dónde alcanza su influencia?, ¿hay un único paradigma jurídico o pueden coexistir varios? Por supuesto cuando aludimos al concepto de paradigma nos servimos de las ideas establecidas por Thomas Kuhn al respecto en su *Estructura de las revoluciones científicas* que, aunque especialmente dirigidas a las ciencias empíricas, sus propuestas se han venido aplicando analógicamente a las sociales, incluida, claro está, la jurídica. Para ello, basta con concebir el paradigma como una constelación de creencias, valores y técnicas compartidos por los miembros de una comunidad científica que condiciona su imaginario y compromete sus interpretaciones. En ese sentido, y vuelvo a Kuhn, el paradigma tendría un status anterior al de las reglas (Kuhn, 1971, p. 11).

Si la extrapolación no es sólo posible sino ineludible es porque en la literalidad de las palabras de Kuhn,

Los valores compartidos pueden ser importantes y determinantes del comportamiento del grupo, aun cuando los miembros del grupo no los apliquen todos de la misma manera (...)

Los científicos trabajan a partir de modelos adquiridos por medio de la educación y de la exposición subsiguiente a la literatura, con fre-

cuencia sin conocer del todo o necesitar conocer qué características les han dado a esos modelos su *status* de paradigmas de la comunidad (...)

Los científicos nunca aprenden conceptos, leyes y teorías en abstracto y por sí mismos (...)

En el proceso, han absorbido la misma bibliografía técnica y sacado muchas lecciones idénticas de ella. Habitualmente los límites de esa bibliografía general constituyen las fronteras de un tema científico, y cada unidad habitualmente tiene un tema propio. En las ciencias hay escuelas, es decir, comunidades que enfocan el mismo tema desde puntos de vista incompatibles,

adquiere pleno sentido en lo que a la ciencia jurídica se refiere en la medida en que es el paradigma jurídico el que canaliza el imaginario jurídico y orienta el razonamiento jurídico (Gaillard-Sebileau, 2009, p. 171).

Pues bien, adaptando la teoría de Kuhn existiría una revolución jurídica cuando un paradigma expulsa al anterior (1971, p. 13). Así, “el paradigma en emergencia insufla pues una revolución que opera primero al nivel del imaginario jurídico. Desplaza las fronteras, permitiendo a la creatividad conceptual desplegarse sobre nuevos territorios. Conceptos, nociones o principios jurídicos hasta entonces inconcebibles pueden ahora ser formulados. Progresivamente el paradigma jurídico emergente va a constituir a su vez una nueva matriz del pensamiento jurídico que puede, o no, alejar al anterior dominante. Puede conducir a reformar los conceptos, nociones o principios clásicos. Nuevas lecturas y consecuencias jurídicas devienen posibles. El paradigma emergente ejerce entonces una fuerza normativa de expansión pues al des-compartimentalizar (liberar) los campos legítimos del imaginario jurídico, contribuye a sentar las bases de una nueva ortodoxia jurídica. En otras palabras, proporciona una ‘plantilla’ de lectura del universo jurídico diferente para abrirlo a dimensiones hasta entonces inexploradas conceptual y normativamente” (Gaillard-Sebileau, 2009, p. 179).

No obstante, también puede darse el caso de que dos paradigmas coexistan pacíficamente y, aunque ello puede ocurrir con más facilidad y frecuencia en el periodo posterior a la llegada del nuevo paradigma, nada impide que ambos prolonguen en el tiempo su alcance e influencia tratando de mantener el dominio el uno (anterior) y de lograrlo el otro (posterior).

Pues bien, en mi opinión, eso es lo que, en referencia a los derechos sociales, se observa hoy en nuestro país. La constitución de España como un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 C.E.) anunciaba la llegada de un nuevo paradigma, paradigma que, en todo caso, ha debido convivir con otro por distintas que fueran las teorías y valores de ambos.

No es difícil colegir que nos referimos a los paradigmas liberal y social con sus respectivas concepciones y lógicas en lo que a derechos concierne.

Reforzaremos primero la necesidad de partir de la noción de paradigma para fundamentar la presencia de diferentes matrices argumentativas en torno a la existencia, vigencia y eficacia de los derechos sociales para tratar de apuntar, después, las causas de la pervivencia de tales matrices o, dicho de otro modo, las dificultades que impiden que un modelo desplace por completo al otro.

Una de las razones de que, implícitamente, se reconozca relevancia al paradigma jurídico pese a su invisibilidad es que su influencia se proyecta sobre los distintos operadores que entran en contacto con el Derecho: los que lo enuncian, los que lo interpretan y aplican, pero también, y cada vez de forma más perceptible, sobre quienes solicitan su aplicación, esto es sobre la ciudadanía. Los ciudadanos tienen su propio imaginario, una idea formada, atinada o no, sobre los derechos sociales.

En definitiva, el paradigma jurídico, formado de manera coral pero no simétrica, ejercería una fuerza normativa que no por ser tácita sería menor¹. Falta por concretar cómo se gesta y despliega esa fuerza normativa.

1.2. Fuerza normativa

La de fuerza normativa es una noción casi desconocida en España, pero no así en otros países, como Francia, donde un mayor encuentro entre el formalismo y la sociología jurídica posibilita la apertura y llegada de concepciones integradoras y más acordes con el pluralismo jurídico contemporáneo. Sin eclipsar ni sustituir a conceptos clásicos como el de normatividad o eficiencia, la fuerza normativa integra a una pluralidad de agentes como creadores, o mejor co-creadores de las normas. En ese sentido podría decirse que, la incorporación de más operadores al proceso creador del derecho ha sido un camino progresivo, irregular y difuso. Uno de los primeros juristas, si no el primero, en verbalizar la relevante participación de los ciudadanos en devenir del Derecho fue Ihering. Ya su *Lucha por el Derecho* sostiene que “el Derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo” (Ihering, 1976, p. 46). Esa cierta verticalidad que a la que alude en su afir-

1. En ese mismo sentido se encuadra el ‘conocimiento tácito’ de Polanyi, ese conocimiento adquirido por los científicos a través del tiempo, la experiencia y la práctica y que, pese a no poder manifestarse de forma explícita, ejerce una influencia determinante en sus teorías y trabajo. Al respecto *cfr.* Polanyi, 2015 (especialmente capítulos V y VI).

mación era más bien coyuntural o momentánea pues, desde entonces, la idea de pueblo no ha dejado de fragmentarse en una pluralidad de actores con sus correspondientes intereses. Así, en 1954, Georges Ripert sitúa a ese poder político “bajo la dominación de las fuerzas que crean el Derecho y el Derecho es obtenido por la lucha de esas fuerzas” (Ripert, 1954, p. 86). El Derecho no es un dato dado sino, antes bien, el resultado de un complejo proceso de construcción, “casi siempre producto de transacciones entre fuerzas opuestas”, el de las fuerzas creadoras del Derecho (Ripert, 1954, p. 84). El transcurrir del tiempo, y con él las mudanzas impulsadas desde la tecno-ciencia, la economía, la cultura..., se traduce en la contractualización de la sociedad y la juridificación de la vida civil que, a su vez, no han hecho sino ampliar y diversificar las fuerzas creadoras del Derecho. Un Derecho que ahora se presenta con otro rostro, el de las compañías transnacionales y grupos de interés del más variado signo que no quieren, ni pueden permitirse, quedar al margen del proceso creativo.

Pero esa concepción dinámica y realista de la creación del Derecho conoce también su propia evolución, de la cual destacaremos tres aspectos. Uno, observamos que ciertos verbos —acciones—, han ido siendo desplazados por otros. Hoy, donde Ripert decía que son fuerzas creativas del Derecho “todas aquellas que puedan imponer una regla de naturaleza jurídica” es preciso añadir: presionar, negociar... Dos, su referencia a la “naturaleza jurídica”, no resulta en la actualidad ni tan evidente ni tan unívoca, baste pensar en las modificaciones que la globalización ha traído consigo: *soft law*, *nueva lex mercatoria*... Tres, la conjunción de fuerzas jurídicas y no jurídicas (económicas, financieras, psico-sociológicas...) como componentes de la fuerza normativa se presenta ya como un hecho indubitado (Thibierge, 2009, p. 796).

¿Pero qué es ese punto ciego al que llamamos fuerza normativa, habida cuenta de que existen fuerzas normativas jurídicas y no jurídicas en el origen de la norma? Pues bien, la fuerza normativa estaría formada por tres polos: el valor normativo, el alcance normativo y la garantía normativa. El valor normativo, por su parte, sería la fuerza conferida a la norma por su emisor y estaría a su vez compuesto por tres sub-polos: el jerárquico, en referencia a su validez en relación a las normas superiores; el deóntico, según la formulación y el contenido prohibitivo, prescriptivo o permisivo de la norma y el axiológico, que toma en cuenta su legitimidad. El alcance normativo, en cambio, es la fuerza percibida, sentida y vivida por sus destinatarios. Mientras que la garantía normativa consistiría en el conjunto de atributos de la norma: exigible, sancionable, justiciable... Esto es, la garantía normativa puede ser más o menos completa pues las normas no están garantizadas de la misma manera por el sistema jurídico. Como se infiere,

ha de tenerse en cuenta, además, que en cada uno de dichos polos puede haber variaciones y, por tanto, diferentes combinaciones, pero también distorsiones (Thibierge, 2009, pp. 822, 823 y 825).

De distorsión podría hablarse, por ejemplo, cuando nos hallamos ante una norma o conjunto de normas con valor normativo incontestable, pero sin garantía normativa. Es el caso de “algunas normas constitucionales, bien que superiores en la jerarquía normativa y, sin embargo, desprovistas de toda garantía jurisdiccional como ocurre con los principios constitucionales o ciertas leyes dotadas de una simple, aunque poderosa, fuerza simbólica (Thibierge, 2009, p. 829). ¿Y acaso no es ese el supuesto del Capítulo III, Título I de nuestra Constitución?

Nuestro punto de partida es pues concebir el Derecho como un campo de fuerzas, fuerzas heterogéneas, de entre las cuales destaca una fuerza normativa de delimitación que se ha dado en llamar paradigma jurídico. Cuando hay un único paradigma jurídico dominante toda la comunidad científica lee, interpreta, entiende y aplica la normativa a través de él, pero, ¿qué ocurre si no existe un único paradigma?, ¿cuáles son las consecuencias si conviven dos?

A ese respecto la doctrina (y por supuesto, no sólo la española) se divide entre quienes entienden que los derechos sociales son derechos fundamentales y, en consecuencia, han de poder ser exigibles ante la administración y, sobre todo, los tribunales y los que no los conciben de ese modo. Para ello, los primeros, realizan una interpretación antiformalista, extensiva, sistemática, sociológica y teleológica de la normativa constitucional que parte de la declaración del Estado como un Estado social y democrático y de los valores en que ello se sustenta. Un paradigma que, en última instancia, hace énfasis en la faceta social estatal.

Junto a los defensores de tal concepción otros ponen el acento en la literalidad de determinados artículos de la Constitución, así como en el argumento *a rúbrica*, anteponiendo el calificativo de ‘democrático al de social. Ello implica que los derechos sociales ubicados entre los Principios rectores de la política social y económica serían exactamente eso, principios, careciendo de la fuerza normativa propia de los derechos públicos subjetivos. Ésta, que sigue siendo sustentada por un sector de la doctrina, es también la adoptada hasta el momento por el Tribunal Constitucional.

Resulta obligado preguntarse al respecto: ¿cómo es posible que paradigmas tan alejados en lo que a eficacia y exigibilidad respecta, puedan hallar sustento constitucional? No parece que la consabida textura abierta del Derecho justifique por sí misma tan distante interpretación. Al decir del profesor Bastida sería la falta del “rigor jurídico” por parte del constituyente la que habría propiciado tal discrepancia interpretativa:

Los derechos no son fundamentales por el mero hecho de que así los califique la constitución. El Título I de la C.E. se denomina “De los derechos y deberes fundamentales”, pero dentro de él conviven muy diferentes preceptos constitucionales y no todos contienen normas iusfundamentales. Dicho Título I no tiene una organización muy afortunada y el deseo del constituyente de hacer una amplia proclamación de derechos pudo más que el necesario rigor jurídico. La confusión es perceptible en el nombre de los cinco capítulos que componen ese Título; los términos ‘derechos’ y ‘derechos fundamentales’ se emplean sin un criterio definido (...). Esa falta de rigor repercute en la referencia que en otras partes de la C. E. se hace a los derechos fundamentales (Bastida, 2009, pp. 136 y 137).

Tal discrepancia no ha de ser contemplada como gratuita o estéril, sino que, bien al contrario, su recorrido ha marcado buen número de las investigaciones desarrolladas por la doctrina, especialmente las dedicadas al análisis de la exigibilidad de los derechos sociales, al punto de avalar y respaldar un paradigma jurídico, el social, que pugnaría con el democrático, de origen y vocación liberal. En esa dialéctica tensión se explican y desarrollan las aportaciones de la ciencia jurídica.

Sea como fuere, la cuestión, ya de por sí controvertida, ha de enmarcarse a su vez en una discusión jurídica de mayor calado pues no debe pasarse por alto el que sigue habiendo dudas de “¿cuándo estamos verdaderamente en presencia de un derecho fundamental?” y, por tanto, ¿qué método nos permite afirmar que nos hallamos ante una disposición restrictiva?, en definitiva, “¿hasta dónde llegan los derechos fundamentales?” (Prieto Sanchís, 2003, p. 241). Sólo desde la asunción del margen de indeterminación de los derechos han de abordarse cuantos interrogantes provoque el análisis de la naturaleza jurídica de los sociales máxime si, como sabemos, “la indeterminación del Derecho es un fenómeno que afecta especialmente a las cláusulas materiales de la Constitución, de manera que, en las ‘zonas de penumbra’ no hay criterio seguro que permita discernir cuándo una obligación jurídica representa un límite al derecho” (Prieto Sanchís, 2003, p. 245).

2. DOS PARADIGMAS JURÍDICOS: DOS CONCEPCIONES DE LOS DERECHOS SOCIALES

El XIX suele ser calificado como el siglo de las Constituciones pues, si bien es verdad que es a finales del XVIII cuando aparecen la primera Constitución francesa, en 1791, y sólo dos años después la jacobina de 1793, será en el siglo siguiente cuando se extienda por Europa la oleada constitu-

cional. De hecho, es en el artículo 21 de la Constitución jacobina de 1793 donde hallamos el germen de los derechos sociales: “El socorro público es una deuda sagrada. La sociedad debe asistencia a los ciudadanos desgraciados, bien procurándoles trabajo, bien asegurando medios de existencia para aquellos que no están en situación de trabajar”.

Sin embargo, pese a lo avanzado incluso pionero de la formulación, en la práctica fue el liberalismo político el que estableció las directrices jurídicas del XIX europeo. Sin entrar en pormenores y particularidades históricas de los diferentes Estados, las diversas sociedades en su conjunto no quedaron “constituídas” como cabría suponerse de regímenes constitucionales, antes bien “la sociedad civil debía funcionar por sí misma en torno a la autonomía de la voluntad, el derecho de propiedad, la libertad de comercio e industria. Su ‘constitución’, la *constitución social*, eran el Código Civil y el de Comercio. El Estado gendarme vigilaba el correcto funcionamiento de la sociedad y sólo intervenía en caso de alteración de la misma para poner las cosas en su primitivo lugar. Los instrumentos para ello eran el Código Penal y las leyes de procedimiento civil y criminal”. Por ello bien puede decirse que pese a la apariencia de una primera impresión “el siglo XIX europeo es más el siglo de la codificación que del constitucionalismo” (Torres del Moral, 2011, p. 23).

Aunque fueron varios los ejemplos e intentos de establecer Estados de Derecho democráticos y sociales (por utilizar la expresión de la constitución francesa de 1848) como la Mexicana de 1917, la alemana de Weimar de 1919, o la española de 1931, no fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando las constituciones, incluyeran expresamente o no la fórmula, adoptaron la filosofía política del Estado social y adaptaron sus normas e instituciones a tal fin.

Desde entonces la doctrina internacional se ha venido ocupando de la contradicción o compatibilidad entre los dos paradigmas: el del Estado Liberal, o Estado de Derecho a secas, y el del Estado Social y Democrático de Derecho, por recurrir a la expresión contenida en nuestra constitución (Torres del Moral, 2011, pp. 25-27). En cuanto a España, si hoy la controversia se centra en la exigibilidad o no de los derechos sociales, o, lo que es igual, en torno a su fundamentalidad jurídica, en un primer momento no era ése el objeto de debate sino que, por lejano que parezca, la duda se cernía sobre a la propia eficacia jurídica de los artículos 39 a 52, esto es, del Capítulo III del Título I de la C.E. Inicialmente se llegó a asignar a tales normas un valor meramente programático y sólo su consideración por parte del legislador a la hora de diseñar algunas políticas públicas disuadió de tal parecer a quienes los habían catalogado como declaraciones de principios (Torres del Moral, 2011, p. 43).

Si bien puede decirse que ése no fue un paso pequeño, continúa siendo grande la distancia que separa a aquellos sectores de la doctrina, tanto la iusfilosófica como la constitucionalista, que sostienen la condición de los derechos sociales como derechos subjetivos frente a los que defienden su refutación. En realidad, la misma distancia que separa un paradigma de otro. Con todo, a nivel doctrinal se observa una significativa diferencia: mientras que entre los iuspublicistas la aproximación mayoritaria (por supuesto no unánime)² sería la negación de la consideración como derechos subjetivos a los derechos sociales ubicados en el citado Capítulo III, entre los filósofos del derecho la mayoritaria sería la opuesta. No obstante, tal generalización podría inducir a confusión si no se tuviera en cuenta que paulatinamente ha ido en aumento el análisis crítico de la normativa constitucional en lo que a derechos sociales se refiere por parte de los iuspublicistas, es el caso, como se mostrará, de los constitucionalistas M. Revenga o F. Rey Martínez y de los administrativistas J. Ponce Solé o Vaquer Caballería, si bien serían muchos más los autores a considerar.

Un común denominador entre ellos adquiere en este punto un especial interés: su énfasis en la inconsistencia de la literalidad constitucional en materia de derechos sociales. Tal inconsistencia es la que propicia la tensa coexistencia de los paradigmas antes mencionados que se traduce en la posibilidad de defender lecturas e interpretaciones no sólo diferentes sino incluso antitéticas de los referidos artículos 39 a 52 C.E. Así, el profesor Revenga detalla “el memorial de las incongruentes tomas de posición de una Constitución que parece diseñada para reconocer derechos sociales y al

-
2. Sin ánimo de exhaustividad, tan sólo a título indicativo, entre los constitucionalistas y administrativistas que no conciben los derechos sociales como derechos subjetivos puede citarse a E. Cordero Mendazona, “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, *R.V.A.P.*, n.º 19 (1987), pp. 27-60; P. Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *R.E.D.C.*, n.º 25 (1989), pp. 35-62; F. Rubio Llorente, “Estudio preliminar” en VV.AA., *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 1997; J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999; o A. Fernández-Miranda, “El Estado social”, *R.E.D.C.*, n.º 69, pp. 139-180; M.J. Terol Becerra, “Treinta años de desarrollo constitucional y legislativo de los derechos sociales: derechos ciudadanos y principios rectores” y M. Zorrilla Ruiz y L. Gordillo Pérez, “Reflexiones sobre los niveles de garantías de los derechos sociales y principios rectores” ambos en J.L. Cascajo Castro et al. (coords.), *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX congreso de la asociación de constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, entre otros. De los críticos con tal pronunciamiento y defensores de la subjetividad de los derechos sociales cabe mencionar a G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007; G. Escobar Roca, “Presupuestos de teoría y dogmática constitucional”, en G. Escobar Roca (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012.

tiempo desactivarlos (...) La C.E. no contempla, en rigor, la categoría ‘derechos sociales’ (...) No importa que los nombres de las rúbricas induzcan a confusión; lo que interesa es la taxonomía (...) La sistemática de la Constitución es confusa (por decirlo suavemente) y no consiente seguir hablando de los derechos sociales como si fuesen una categoría unívoca y con perfiles claros” (Revenga, 2014, pp. 75, 79 y 82). Como ya sugiriera el profesor Bastida, Revenga atribuye a la falta de precisión en el lenguaje constitucional los males y debilidades de los derechos sociales al punto de proponer el abandono de la categoría como tal: “en nombre de la precisión, más vale dejar de hablar de derechos sociales y atender a lo que las disposiciones constitucionales puedan establecer aquí o allá para comprender cuál puede ser el régimen jurídico de éste o aquél derecho” (Revenga, 2014, p. 82).

Sin embargo, resulta difícil admitir que ésa sea la causa, la única al menos. No es creíble que el constituyente adoleciese del rigor técnico-jurídico, ni lexicográfico, ni histórico necesario. Más bien podría decirse que es su indecisión en torno al lugar que deben ocupar los derechos sociales la razón de la premeditada ambigüedad con que decide, describe y prescribe el contenido del Capítulo III del Título I. Como certeramente afirma la profesora Roy “los textos jurídicos (leyes, sentencias, doctrina, contratos, etc.) son primero y ante todo actos de comunicación” (Roy, 2013, p. 985). No es el de nuestra Constitución un problema o una cuestión de estilo. La literalidad del texto, su falta de congruencia al situar a los ‘Principios rectores de la política social y económica’ dentro del Título dedicado a los ‘Derechos y deberes fundamentales’ (I) pero luego no tratándolos como tales no obedece a una errónea redacción o a una sistematicidad defectuosa, sino que refleja el titubeo del constituyente.

Sin embargo, no es ahí donde el profesor Ponce Solé sitúa el origen del problema. A su juicio, “*ha sido sobre todo el entendimiento preponderante en nuestro país del concepto de derechos sociales* (negando que sean auténticos derechos subjetivos), lo que *ha condicionado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* al respecto, así como el papel desempeñado por las leyes de presupuestos anuales los factores que, en realidad, han dañado el contenido social de nuestra constitución, *más que el texto literal de la misma*”³ (Ponce Solé, 2017, pp. 70 y 71) apuntando de ese modo al papel de la doctrina como corresponsable de inmovilismo. Ello encajaría con la tesis aquí defendida de que el paradigma jurídico es una construcción colectiva en la que no sólo participan el constituyente y los distintos legisladores, sino que responde a una contribución coral en la que el rol de la doctrina

3. Las cursivas son del autor.

no es menor si bien, como es obvio, no pueda equipararse al del legislador dada su desigual fuerza normativa.

En uno y otro caso, se haga hincapié en el tenor literal de la C.E. o en la concepción de que los sociales vendrían a ser derechos de segunda división (por ser de segunda, o tercera, generación), lo que los mantendría fuera del ‘cielo’ de los derechos subjetivos, pero a la vez alejados de las infundadas declaraciones programáticas, resulta innegable que es la ideología subyacente, entendida en sentido amplio, la que marca la pauta de unos y otros y apunta hacia el paradigma elegido. Conocedores de la imposible objetividad de las ciencias sociales y especialmente de la ciencia jurídica no cabe obviar que es en este campo del Derecho donde técnica y política (en su sentido primigenio) se cruzan. La combinación de inversiones o recortes financieros por parte de las autoridades competentes y las líneas de defensa o descarte de los derechos sociales como derechos subjetivos no son ajenos, sino que impregnan las posibles tomas de posición.

Como se infiere, lo que subyace en nuestro análisis es la asunción de la distinción entre Teoría e Ideología defendida por Bobbio. Y es que, mientras que la primera puede ser verdadera o falsa, la segunda, no puede plantearse en esos términos dado que por ‘Teoría’ se entiende “la exposición de una actividad puramente cognoscitiva del hombre frente a la realidad, y está formada por un conjunto de juicios de hecho que tienen como única función la de informar a los demás sobre dicha realidad”. Mientras que ‘Ideología’ es “la expresión de una actitud valorativa que el hombre adopta frente a la realidad que consiste en un conjunto de juicios de valor sobre ella, que se basan en el sistema y que tienen la pretensión de influir sobre dicha realidad” (Bobbio, 1993, p. 5).

Nos quedamos en este punto con la referida acción de ‘influir’, que no es otra cosa que la de tratar de convencer sobre la idoneidad y preferencia de ciertos valores en detrimento de otros. Pues bien, por poner un ejemplo, siguiendo la clasificación de Bobbio ¿debería calificarse como ‘teoría’ o ‘ideología’ el siguiente texto?

“No podemos seguir leyendo la Constitución social con los anteojos del jurista liberal, sino que estamos obligados a todo lo contrario, es decir, a leer los derechos de cuna liberal a la luz de la cláusula del Estado social, que hoy tiene ya rango constitucional tanto en su misma formulación (art.1.1 CE) como en su principal destilación, que es la misión promocional de los poderes públicos para remover y promover la efectividad de la igualdad y la libertad (art. 9.2 CE)” (Vaquer Caballería, 2011, p. 43).

Lo cierto es que, como con tino afirma el profesor Supiot, “los principios sobre los que reposa un orden jurídico están afirmados y celebrados, pero no están demostrados ni son demostrables” (Supiot, 2013, p. 18). Lo

que no es sino otro modo de formular la idea de Bobbio. Pero entonces, ¿qué se le encomienda a la doctrina? ¿Teoría, ideología? Respecto a ése cuestionamiento, objeto perenne de estudio, expondremos unos breves apuntes.

3. CIENCIA Y CONCIENCIA

La Historia, y con ella la realidad social, es, en esencia, dinámica. Una idea subyacente a ello, aunque no siempre hecha explícita, es que inevitablemente los valores también lo son. De hecho, son ellos los que definen las distintas civilizaciones y culturas. Por eso es un hecho que el tratamiento de los valores: qué sean y qué lugar puedan y deban ocupar en la acción individual y social ha sido motivo generalizado y transversal de reflexión en el ámbito de la filosofía del Derecho, la sociología, la ética...

Aunque en una primera lectura pueda pensarse que las opiniones de Durkheim y Weber son a ese respecto contrapuestas trataremos de mostrar, en primer lugar, que no lo son y, en segundo, que la consideración de ambas como punto de partida puede contribuir a fortalecer la autoridad de las investigaciones sociales.

En su conferencia de 1911 “Juicios de valor y juicios de realidad” Durkheim sostiene que

[...] los conceptos son igualmente construcciones del espíritu y, por lo tanto, ideales; y no sería difícil demostrar que son también ideales colectivos, puesto que no pueden constituirse sino en y por el lenguaje que es, en el más alto grado, una cosa colectiva (...) No hay una manera de pensar y de juzgar para establecer existencias y otra para estimular valores. Todo juicio tiene necesariamente una base en lo dado: aun los que se refieren al porvenir toman sus materiales sea del presente, sea del pasado. Por otra parte, todo juicio emplea ideales. No hay pues, y no debe haber más que una sola facultad de juzgar (...) Los principales fenómenos sociales, religión, moral, derecho, economía, estética, no son otra cosa que sistema de valores y, por lo tanto, ideales (Durkheim, 2000, pp. 117 y 118).

El hombre concibe ideales, no puede no hacerlo, pero en tanto que ser social no los imagina y forja de forma aislada o separada pues “abandonado a sí mismo, jamás el individuo podría haber sacado de sí los materiales necesarios para tal construcción” lo hace en sociedad y sólo a través de ella los moldea pues “el pensamiento colectivo metamorfosea todo lo que toca” (Durkheim, 2000, pp. 115 y 117). Para Durkheim habría una suerte de objetividad de los valores, la que proviene de lo colectivo, “el juicio social es

objetivo en relación a los juicios individuales. La escala de valores queda así sustraída a las apreciaciones subjetivas y variables de los individuos: éstos encuentran fuera de ellos una clasificación establecida que no es obra suya y que expresa algo muy diferente a sus sentimientos personales (...) Es la conciencia pública la que nos ata” (Durkheim, 2000, pp. 106 y 107).

Si enlazamos dichas reflexiones con nuestro objeto de análisis la cuestión que se nos plantea y que afecta de lleno a la concepción de los derechos sociales, sería: ¿debe la doctrina mantener un compromiso axiológico o ha de abstenerse de él? A juicio de Durkheim carecería de sentido tal disyuntiva pues la neutralidad no sería posible pues no sólo en los juicios de valor también en los de realidad y en la propia elaboración de los conceptos, en toda construcción o elaboración humana están ínsitos los ideales.

Por contra, se identifica a Weber con la idea de crear unas ciencias sociales libres de valores: *Wertfreiheit*. No obstante, tal idea, casi identificación, requiere de cierta matización, pues su planteamiento se antoja cuando menos interpretable. Ésa es la opinión de González Seara y que aquí compartimos. Weber propugna “un método científico de investigación social que proclama la neutralidad axiológica, pero una neutralidad en cuanto al proceso de elaboración de la ciencia, no neutralidad del científico respecto de determinados ideales” distinción sobre la que conviene incidir. Weber insiste en la necesidad de deslindar ‘conocer’ (*erkennen*) de emitir un juicio (*beurteilen*) pues es deber del científico no caer ni hacer caer en dicha confusión (González Seara, 1968, p. 14).

Me comprometo, dice Weber, a ofrecer la prueba de que dondequiera que un hombre de ciencia permite la introducción de sus propios juicios de valor, renuncia a tener una comprensión plena del tema que trata” (Weber, 1980, p. 52). Para algo después afirmar: “La ciencia (...) es una ‘vocación’ llevada a efecto mediante las especializaciones puestas al servicio de la toma de conciencia de cada uno de nosotros, y del conocimiento basado en determinados enlaces fácticos, constituye un testimonio de nuestra memoria histórica, al cual no podemos dejar de lado si pretendemos mantener la fidelidad para con nosotros (...) No hay ciencia que carezca enteramente de supuestos previos, así como tampoco ninguna de ellas puede demostrar su valor intrínseco a quienes rehúsan aceptar estos supuestos (Weber, 1980, pp. 56 y 57).

A resultas de ello podría decirse que existe “un tipo especial de objetividad. Una exposición referida a valores no rige más que dentro de un determinado círculo cultural; y por consiguiente se trata de una objetividad históricamente dada” (González Seara, 1968, p. 14). Se observa que el papel que respecto a los valores Durkheim fía a la colectividad, Weber lo atribuye

a la conciencia histórica, revelándose cómo, en todo caso, uno y otro evitan atribuir en exclusiva al individuo la generación de los valores. Algo hay por encima de él o junto a él que, del algún modo, le contextualiza y guía.

Esa imposibilidad de desgajar al científico de sus valores planea por las obras de no pocos pensadores de muy diferente escuela y adscripción. Sirvan a modo de muestra dos ejemplos: Lucien Goldmann quien aprecia una cierta identidad entre sujeto y objeto por ser el hecho humano un hecho histórico y social (Goldmann, 1967) y Ralf Dahrendorf que repara en dos razones que impiden que las ciencias sociales puedan desprenderse de las valoraciones y los valores. Una, la elección del tema que en sí ya implica un juicio de valor y dos, que esos científicos ven, en última instancia, lo que desean o prefieren ver (Dahrendorf, 1966).

A decir verdad, ello aleja a las ciencias sociales de la asepsia propia de las puras y empíricas, cosa que, por otra parte, ya había advertido mucho tiempo atrás (1847) Julius von Kirchmann en lo concerniente a la ciencia jurídica y en especialmente a la jurisprudencia. La historicidad y variabilidad del Derecho hacen que el objeto de estudio sea por un lado inexacto y, por su propia naturaleza prescriptiva, inverificable. No siendo pues viable la reducción del Derecho al método físico-natural (López Calera, 1997, p. 31), la nuestra, como el resto de las ciencias sociales, se caracterizaría por la imposibilidad y la insuficiencia del objetivismo puro, de ahí el sentido de los paradigmas jurídicos.

En el presente, y ya vinculado directamente con nuestro objeto de análisis, los derechos sociales, los profesores Pérez Luño y Alain Supiot abundan en la idoneidad de ese enfoque:

Sólo si se admite que las libertades individuales surgidas y tuteladas en el Estado liberal de Derecho no constituyen un núcleo permanente inalterable completo y cerrado de derechos, es posible predicar que tales garantías jurídicas pudieran ser prolongadas y completadas por los derechos sociales propias del Estado social de Derecho. Ello equivale a considerar que los derechos y libertades evolucionan a través de diferentes generaciones (Pérez Luño, 2009, p. 55).

Y,

[...] para ser fecundo, el análisis jurídico no debe pues encerrarse ni al universo de los hechos ni al cielo de los valores, ni al mundo de las formas. Dicho de otro modo, no debe confundir objetividad y autosuficiencia (Supiot, 2013, p. 41).

Ninguno de los autores antes citados prevé ni propugna sucumbir a una subjetividad revestida de rigor ubicada en el lado opuesto de las

‘verdaderas ciencias’, la perspectiva es otra. No hay análisis riguroso que no sea crítico, lo que, en consecuencia, significa que será inevitablemente valorativo. Desde ese bastidor de ciencia y conciencia se fraguan y asientan los paradigmas jurídicos cuya fuerza normativa se proyecta en ocasiones de manera concurrida como a nuestro juicio se observa hoy. Uno, el que antepone las distintas y abiertas posibilidades conferidas al legislador a través del juego democrático para desarrollar hasta el nivel que decida los principios rectores recogidos en la Constitución. Y dos, el que enfatiza en la cláusula social de ese mismo Estado democrático a través de interpretaciones y argumentaciones que optimizan o maximizan, según los casos, las vías abiertas por esa norma.

4. LOS DERECHOS SOCIALES, ENTRE IMPEDIMENTOS JURÍDICOS Y RESTRICCIONES ECONÓMICAS

Desde el punto de vista de su fortaleza, exigencia y justiciabilidad no puede pasarse por alto que los derechos sociales, o “sub-derechos”, constituyen en sí un microcosmos afectado por la complejidad técnica que supone el hecho de que “sus normas de reconocimiento pertenezcan a distintos ordenamientos jurídicos obligados a colaborar” (Laporta, 2004, p. 300). Pero además resulta innegable que la fragilidad de los derechos sociales no sólo trae causa de impedimentos jurídicos, incluso al agregado de éstos y las restricciones financieras (Ansuátegui, 2009, pp. 148, 159 y 161) ha de sumarse una tercera causa. Como viene a decir Ferrajoli, la atonía teórica de unos y la reconvencción de otros (Hayek, Barbalet, Sartori, Zolo...) coadyuvaría a esa debilidad (Ferrajoli, 2002, p. 9), consideración del todo compatible con la idea de paradigma jurídico.

Por lo que hace referencia a las dificultades más relevantes, las técnico-jurídicas, ni siquiera los intentos de superar las limitaciones que, por exclusión, dispone el artículo 53 de la C.E. para los derechos contenidos en el Capítulo III del Título I provenientes del legislador autonómico han logrado su propósito. El Tribunal Constitucional en su STC 247/2007, de 12 de diciembre, fundamento jurídico 15, dispuso que “los Estatutos de autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos (...) cualquiera que sea la literalidad con que se expresen en los Estatutos de autonomía”. De ese modo arrojó “un jarro de agua fría sobre la pretensión del legislador estatutario de dotar a muchos de los derechos sociales contenidos en los Estatutos de Autonomía del régimen jurídico

propio de los derechos públicos subjetivos al haber negado a los derechos estatutarios su aplicabilidad inmediata” (Giménez Sánchez, 2012, p. 313).

Pero ya antes la jurisprudencia constitucional se había pronunciado en el sentido de negar la condición de derechos a los contenidos entre los artículos 39 y 52 de la C.E. Desde la sentencia 19/82, de 5 de mayo, fundamento jurídico 6.º; la STC 36/1991, de 29 de enero, fundamento jurídico 5.º o la STC 14/1992, de 10 de febrero, fundamento jurídico 11.º; STC 199/1996, fundamento jurídico 3.º y también después, en la STC 31/2010, de 28 de junio, fundamento jurídico 16 —por citar sólo algunas donde se ha manifestado con mayor claridad—, ha mantenido su parecer respecto a la fuerza normativa de tales artículos. En el marco de esa sostenida línea jurisprudencial no sólo se entiende, sino que encaja a la perfección, la calificación como “derechos aparentes” (Jiménez Campo, 1999, p. 123) de los derechos sociales que tan profundamente ha calado entre varias generaciones de juristas.

No obstante, dicho eso, se hace preciso añadir algunas matizaciones que, a su vez, desautorizan la idea de que los derechos sociales sean declaraciones programáticas sin ninguna fuerza normativa.

- STC 19/1982: “El artículo 53.3 impide considerar a los principios del Capítulo III como normas sin contenido (...) obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”.
- STC 36/1991: “En general los principios reconocidos en el capítulo III, del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables”.
- STC 14/1992: “Este precepto (51.1 C.E.) enuncia un principio rector de la política social y económica y no un derecho fundamental. Pero de ahí no se sigue que el legislador pueda contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios, ni que este Tribunal no pueda contrastar las normas legales, o su interpretación y aplicación, con tales principios. Los cuales, 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 C.E. (...) Ahora bien, es también claro que, de conformidad con el valor superior del pluralismo jurídico (art. 1 C.E.), el margen que estos principios dejan al legislador es muy amplio. En cualquier caso, son normas que deben informar la legislación positiva y la práctica judicial (art. 53.3. C.E.).”

Por otro lado, en lo que respecta al ámbito nacional y en defensa del valor jurídico de los derechos sociales se observa que esos derechos “suelen

ser usados por el T.C. en su jurisprudencia, aunque es cierto, que suele ser en conexión con otros derechos con eficacia jurídica directa (Navarro Marchante, 2012, p. 111). Y en lo que concierne al internacional “se está dando un fenómeno creciente de influencias y enriquecimientos mutuos (*permeabilité* o *cross-fertilization*)⁴ de las distintas fuentes que recogen los derechos y principios sociales (Constituciones, Derecho Internacional Humanitario...) de suerte que el contenido de estos derechos se va incrementando progresivamente, merced también a la intervención jurisprudencial” (Zorilla Ruiz, 2012, p. 192). O, también lo que Abramovich y Courtis denominan “estrategias indirectas”: exigibilidad indirecta a través del principio de igualdad, de prohibición de la discriminación o del debido proceso, incluso a través de “derechos sociales fuertes” (derecho a la protección del medio ambiente) (Abramovich y Courtis, 2002, pp. 132, 169, 179, 220).

Como sostén de los diferentes razonamientos jurídicos en pro de la defensa de la plena condición jurídica de los derechos sociales es frecuente encontrar dos ejes argumentativos: el principio de indivisibilidad y la prohibición de regresividad. A ambos se recurre, con fundamento, por parte de ese sector de la doctrina, aunque con dispar resultado. En lo que hace al primero de ellos, compartimos la idea de que no debe confiarse la suerte de esos derechos a la noción de indivisibilidad por ser demasiado endeble pues, pese a los reiterados pronunciamientos internacionales en ese sentido, no ha dejado de verse “gravemente desmentida por la realidad” (Ansuátegui, 2014, p. 36).

En lo relativo a la irreversibilidad ha de distinguirse la aportación doctrinal de la jurisprudencial. En el ámbito de la primera, a grandes rasgos, se aprecian tres grupos de análisis: los que directamente se refieren a la irreversibilidad de los derechos sociales; los que, en analogía con los derechos fundamentales, aluden a la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos sociales y, por último, los que apuntan a la interdicción de reversibilidad, sin razón suficiente, de las prestaciones sociales de origen legal (Agudo Zamora, 2017, p. 860). Por su parte, el T.C. no ha dejado claro su criterio al respecto pues si bien hay sentencias en que parece defender la irreversibilidad del contenido legislativamente fijado para los derechos sociales en otras opta por las soluciones distintas e incluso opuestas⁵. Su

4. A estos efectos cfr., por ejemplo, L. Martín-Retortillo Baquer, “La defensa ‘cruzada’ de los derechos: la protección al medio ambiente en la jurisprudencia del T.E.D.H.”, *Anuario Jurídico de la Rioja*, n.º 10 (2005), pp. 11-34.

5. Cfr. entre otras las STC 81/1982, de 21 de diciembre; STC 65/1987, de 21 de mayo; STC 134/1987, de 21 de julio; STC 37/1994, de 10 de febrero.

postura podría calificarse de ambivalente o, cuando menos de oscurecida puesto que “si bien ha sostenido que ‘no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas’, también ha declarado que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención al contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los grupos sociales, el nivel y condiciones de prestaciones a efectuar, o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento” (Agudo Zamora, 2017, pp. 862 y 863). Como se ve, reaparecen en escena las limitaciones de índole económica.

Al margen de la sólida justificación que, por sí misma, implica la cláusula constitucional del Estado social la más clara defensa de la irreversibilidad de los derechos sociales proviene hoy de ciertos tratados. “La Carta Social Europea es el Tratado internacional más importante y el catálogo más completo de derechos sociales” que garantiza los derechos sociales y económicos fundamentales en el Consejo de Europa a través del CEDS (Comité Europeo de Derechos Sociales) si bien carece de funciones jurisdiccionales. La CSE es un complemento —a veces visto como la ‘hermana pobre’— del CEDH que, a su vez, recoge los derechos civiles y políticos por los que vela el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Dado que el CEDH no incluye derechos sociales el TEDH, su órgano jurisdiccional garante, no puede pronunciarse respecto a ellos al menos no de forma directa. No obstante, en ocasiones sí lo ha hecho indirectamente “la técnica más empleada (...) ha sido la de las obligaciones positivas de los Estados, en relación con la exigencia de un nivel de vida digno” (Arenas Ramiro, 2020, p. 270).

Como es sabido, originariamente la Unión Europea no se ocupó ni de los derechos fundamentales ni de los económicos y sociales, el Consejo de Europa a través del CEDH era el competente, aunque sólo respecto a los primeros. Dicha carencia se halla en la actualidad suplida a través de diversos medios:

- la incorporación de la igualdad y la dignidad humana como valores rectores en los Tratados de la U.E.
- la aprobación en 1989 de la Carta comunitaria de Derechos sociales fundamentales de los trabajadores
- y, especialmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) uno de cuyos Títulos está dedicado a los derechos sociales, siendo el el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) el órgano jurisdiccional competente de su garantía (Arenas Ramiro, 2020, p. 264).

Ello, sin embargo, no debe hacernos perder de vista el hecho de que la competencia para diseñar, desarrollar y aplicar los derechos sociales sigue siendo estatal.

Ha de reconocerse al CEDS ser el organismo que más pasos ha dado en defensa de los derechos sociales pues “a través del cumplimiento del principio de efectividad (...) ha pasado a imponer a los Estados obligaciones de resultado más allá de las obligaciones de medios. Según el CEDS sí se requiere que las medidas adoptadas apunten a conseguir el objetivo fijado por la Carta y que tales medidas produzcan los efectos susceptibles de ser esperados teniendo en cuenta dicho objetivo” (Arenas Ramiro, 2020, p. 277).

En todo caso, lograr la plena eficacia y garantía del catálogo de derechos sociales recogidos en la CSE pasaría por atribuir efecto vinculante a las Decisiones y Resoluciones del CEDS cosa que hoy no se da pese a lo cual no debe restársele importancia pues poco a poco va sorteando dificultades. Tal vez la mayor sea que “se ha alegado por los Tribunales nacionales que la CSE es una suerte de Directiva y que no se puede invocar directamente” (Arenas Ramiro, 2020, p. 281).

En lo que concierne a la respuesta jurisprudencial habría de distinguirse entre la dada por los tribunales de 1.^a y 2.^a instancia y las del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Mientras que entre los primeros ya existen ejemplos en que se apela a la CSE, sería el caso de la sentencia del Juzgado de lo Social 412/2013, de 19 de noviembre o el voto particular de la STSJ de Cataluña 4090/2015, de 22 de junio —exigiendo la aplicación directa de la CSE— (Arenas Ramiro, 2020, p. 273), el “TS continúa inadmitiendo los recursos de casación en unificación de doctrina que utilizan las decisiones y conclusiones del CEDS para alegar la existencia de contradicción respecto a resoluciones derivadas de los órganos jurisdiccionales nacionales” y, el TC, por su parte “no ha seguido una línea unívoca en esta materia, creando cierta confusión al respecto” (SSTC 49/2015 y 95/2015,86 o la STC 119/2014 (frente al RDL 28/2012) donde se pueden ver opiniones discrepantes, aunque, como el TS, ha rechazado la aplicación directa de la CSE)” (Arenas Ramiro, 2020, p. 282).

Por contra, es mayor el eco que la CSE está alcanzando en algunos tribunales europeos Así, el *Conseil d’Etat* francés reconocía el efecto directo de los artículos 5 (Derecho sindical) y 24 (Derecho a protección en caso de despido) de la Carta social revisada; y el *Conseil d’Etat* belga aceptó la invocación de algunas disposiciones de la Carta social como el derecho a acciones colectivas, incluido el derecho de huelga garantizado al artículo 6” (Arenas Ramiro, 2020, p. 282). La asunción por parte de los órganos jurisdiccionales europeos de la interpretación dada por el CEDS a la CSE

supondría un significativo avance en la efectividad y garantía de los derechos allí recogidos además de una deseable uniformidad de criterio para países de similar cultura jurídica.

A nivel internacional, el principio de progresividad ha sido expresamente consagrado en la protección de los DESC, en el Pacto de DESC de Naciones Unidas (art. 2.1). Por lo que no es de extrañar que la doctrina de los DESC fuera “la primera en hablar de la no regresividad. Entendiendo que, si existe un principio que obliga a que la protección de los DESC sea cada vez mayor, cualquier situación que derive en que el Estado brinde una protección de los DESC menor a la que brindaba con anterioridad, resultará en una violación de la garantía de no regresividad. Por lo tanto, la doctrina ha entendido que esta garantía de no regresividad puede deducirse de las características que establece el principio de progresividad” (Sisti, 2018, p. 185). Sin embargo, sin salir de dicho ámbito, encontraremos diferentes posturas al respecto. Frente a la postura adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas al entender que la “no regresividad se aplica también a medidas que sean regresivas tanto en casos individuales, como colectivos e incluso en supuestos de afectación de toda la población”⁶, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que se viola el principio de no regresividad sí y sólo sí la afectación es general.

5. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

En ese contexto, ¿cómo no suscribir que la aceptación del principio de no regresividad dista con mucho de ser pacífica? (Añón, 2016, p. 60). Y ¿acaso no guarda ello relación con la generalizada consideración de que los derechos sociales y culturales siguen sin superar la categoría de “sub-derechos” (Laporta, 2004, p. 300) tanto desde el punto de vista normativo como teórico?

Mientras, y al margen de las vicisitudes teóricas, los derechos sociales siguen transitando abundantemente por los sistemas jurídicos occidentales, también por el nuestro, “con independencia de sus normas de reconocimiento (internacionales, regionales, nacionales, autonómicas y locales), descomponiéndose en múltiples figuras jurídicas con sus correspondientes

6. Sobre ello, la prohibición de las medidas regresivas, consideradas como una violación de derecho y la garantía de un contenido mínimo e inderogable de los derechos al margen de consideraciones financieras, *cf.* las Observaciones Generales N.º 3 § 10 y N.º 14, § 32, 43 y 48.

técnicas de protección” (Cascajo Castro, 2012, p. 23) recibiendo una de cal y otra de arena. Y lo cierto es que “no puede decirse que se haya avanzado mucho si (...) se sigue apelando a su déficit de concreción institucional” (Cascajo Castro, 2012, p. 24). De ahí que poco a poco, por su operatividad, haya ido cobrando peso la idea de que “si se buscan visiones generales puede terminarse no llegando a parte alguna. De modo que, a estas alturas del desarrollo internacional, constitucional, autonómico de la materia, acaso sólo tenga sentido el enfoque analítico de su estructura a la luz de su régimen jurídico-positivo” (Cascajo Castro, 2012, p. 24).

No obstante, ello, que de facto supondría el abandono de la categoría “derechos sociales” con la consiguiente sustitución por un tratamiento y estudio fragmentado de los mismos que reforzaría la referida debilidad teórico-práctica, carece de la necesaria fundamentación. En primer lugar, porque sugiere que los sociales adolecen de la claridad y precisión características de los derechos civiles y políticos, sin embargo, tal premisa responde más al estereotipo que viene acompañando a la división de los derechos en generaciones que a la verdad. Sin renunciar a las virtudes didácticas de la clasificación en generaciones, es más fidedigno afirmar que “la clásica distinción entre derechos civiles, políticos y sociales, atribuida a Theodor H. Marshall, está lejos de ser clara en sus contornos” (Ruiz Miguel, 1994, p. 651). Como también lo es el hecho de que tanto los derechos civiles y políticos, por un lado, como los sociales, por otro, son categorías demasiado heterogéneas como para poder hacer de ellas compartimentos estancos, bien al contrario, de remitirnos a una imagen habría de pensarse más bien en la de los vasos comunicantes.

Por ésa, entre otras razones, hago mía la tesis que tiene por “más defendible y acertada la del continuo entre derechos liberales y derechos sociales” (Ruiz Miguel, 1994, p. 654) habida cuenta de que “los derechos civiles y políticos son condición previa necesaria pero no suficiente de la libertad y la igualdad, que sólo serían reales y efectivas con la completa extensión de los derechos sociales, por lo que no hay —o (mejor) no debería haber diferencias sustanciales entre unos y otros en cuanto a su fundamentación, o a su titularidad, a la necesidad de respeto y al gravedad de su negación o violación y, en fin, a los mecanismos básicos predisponibles para su protección” (Ruiz Miguel, 1994, p. 653). Tesis que está en la base de la triple falacia sobre la que, según Rey Martínez (2012, pp. 633, 635, 640) se habría erigido la teoría de los derechos sociales, a saber: la falsa contraposición entre libertad y seguridad; la total ausencia de dimensión social en los derechos civiles y políticos y el valor prescriptivo de la teoría de las generaciones de derechos. A pesar de lo razonado y razonable de tales argumentaciones, defendidas ya en su origen por el profesor Pérez Luño allá por 1984 (pp. 21-52), ni la

jurisprudencia constitucional ni un sector importante de la doctrina iuspublicista las avalan. Razón más que probable por la que se ha sugerido el tratamiento del principio de regresividad como categoría sospechosa, esto es, “criterio de distinción que jamás puede ser considerado de razonable” atribuyéndose “la carga de la prueba a quien defiende la constitucionalidad de la norma restrictiva”. Con ella “no se estaría pidiendo a los tribunales que cumplan una función de avanzar en la protección (o creación) de los derechos, sino simplemente que cumplan el rol de establecer límites negativos al Estado” (Sisti, 2018, pp. 181 y 193).

Sea como fuere, a juicio del profesor Rey Pérez “los derechos fundamentales constituyen un bloque compacto” dado que no existirían, a su parecer, “diferencias estructurales o jurídicas que permitan negar la juridicidad” de los derechos sociales (2020, p. 274). En cambio, para Bastida, la fundamentalidad sería una cuestión de grado: “unos derechos fundamentales son jurídicamente más fundamentales que otros en función de su mayor o menor preservación normativa a favor de su titular y frente al legislador. Dicho de otro modo, “la mayor o menor fundamentalidad dependerá de su mayor o menor grado de participación en la condición de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento y fuente directa de relaciones jurídicas”. A “aquellos derechos que el sistema constitucional considere más esenciales para su identidad y funcionamiento los dotará de mayor fundamentalidad, o sea, les garantizará una efectividad más inmediata ya permitiendo un ejercicio directo de los mismos, ya vinculando estrechamente al legislador, obligándole a dictar la legislación que permita el ejercicio ordenado de los derechos y predeterminando su contenido. A la vez, los hará más inviolables, bien mediante garantías formales (reservas de ley reforzadas) y jurisdiccionales (recursos de amparo), bien mediante su exclusión de la posibilidad de ser suspendidos (art. 55 C.E.) e incluso haciendo indisponibles esos derechos al poder de reforma constitucional (reforma agravada del art. 168 C.E. en relación con el art. 167 C.E.), cláusulas de intangibilidad constitucional (art. 79. 3 Ley Federal de Alemania) (Bastida, 2009, pp. 139, 147 y 148).

Bien sea por falta de rigor como al principio de este trabajo se indicaba, bien como respuesta a una actitud dubitativa o poco clara por parte del constituyente, lo que parece cierto es que la Constitución habría establecido un sistema de equilibrios (Prieto Sanchís, 2003, p. 237). Un sistema que, en virtud de lo que se desprende de la legislación y la jurisprudencia posterior, no debe ser interpretado únicamente a la luz de la declaración de Estado social de Derecho, sino que en igual consideración han de tenerse las detalladas disposiciones del articulado. Disposiciones que llegan en ocasiones a desdibujar, e incluso podría decirse reducir, las expectativas

generadas por la antedicha declaración. Un sistema de equilibrios que, se diría, trata de hallar un punto intermedio entre los dos paradigmas que parece acoger: el liberal y el social. Paradigmas que no sólo se observan en la solidez de las garantías conferidas a los derechos civiles y políticos frente a la debilidad de los sociales, sino que también se advierten en el bloque de constitucionalidad y en un importante sector de la doctrina. Mientras, en medio de esa mutable relación entre paradigmas, ese ‘sí pero no, no pero sí’ que acompaña como una sombra a los derechos sociales vendría a ser lo más parecido a un accésit o premio de consolación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, V. Courtis Ch. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Agudo Zamora, M. (2017). El principio de no regresividad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español. *Revista de Derecho Político*, 100, pp. 849-879.
- Ansuátegui Roig, F.J. (2009). Argumentos para una teoría de los derechos sociales. En V. Zapatero y M.^a I. Garrido Gómez (eds.). *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia* (pp. 146-161). Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares-Cátedra de democracia y derechos humanos.
- Ansuátegui Roig, F.J. (2014). Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación. En M.J. Bernuz y M. Calvo (eds.). *La eficacia de los derechos sociales* (pp. 23-42). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Añón Roig, M.^a J. (2016). ¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales? *Derechos y Libertades*, 34, pp. 57-90.
- Arenas Ramiro, M. (2020). La garantía del Comité Europeo de Derechos Sociales: un compromiso real con los derechos sociales. *Lex Social*, 10, pp. 261-191.
- Bastida, F.J. (2009). ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? En Robert Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. (R. García Manrique ed.). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate.
- Cascajo Castro, J.L. (2012). Derechos sociales. En J.L. Cascajo Castro *et al.* (coords.), *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Dahrendorf, R. (1966). *Sociedad y libertad*. Madrid: Tecnos.
- Durkheim, E. (2000). Juicios de valor y juicios de realidad. En E. Durkheim, *Sociología y filosofía* (pp. 103-119). Buenos Aires: Miño y Dávila Editores.
- Ferrajoli, L. (2002). Prólogo. En V. Abramovich y Ch. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (pp. 9-14). Madrid: Trotta.

- Gaillard-Sebileau, E. (2009). La force normative du paradigme juridique. En Catherine Thibierge et alii. *La force normative. Naissance d'un concept* (pp. 171-182). París: L.G.D.J.-Bruylant.
- Giménez Sánchez, I. M.^a (2012). Límites económicos de los derechos sociales. En J.L. Cascajo Castro et al. (coords.), *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Goldmann, L. (1967). *Propos dialectiques: Ya-t'il une sociologie marxiste?, Recherches dialectiques*, París: Gallimard.
- González Seara, L. (1968). Juicios de valor, ideologías y ciencia social. *Revista de Estudios Políticos*, 59-60, pp. 5-36.
- Ihering, R.v. (1976). *La lucha por el Derecho*. Madrid: Doncel.
- Jiménez Campo, J. (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid: Trotta.
- Kirchamann, J.H. von. (2012). *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia*. Madrid: Universidad Carlos III.
- Kuhn Th.S. (1971). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: F.C.E.
- Laporta, F.J. (2004). Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema. En J. Betegón et al. (coords.) *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 267-325). Madrid: C.E.C.
- López Calera, N. M.^a (1997). *Filosofía del Derecho I*. Granada: Comares.
- Navarro Marchante, V. y Pérez Sánchez, G. (2012). Estado autonómico, políticas y servicios sociales. En J.L. Cascajo Castro et al. (coords.), *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez Luño, A.-E. (1984). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Pérez Luño, A.-E. (2009). Los derechos sociales y la crisis económica mundial. En V. Zapatero y M.^a I. Garrido Gómez (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares-Cátedra de democracia y derechos humanos.
- Polanyi, M. (2015). *Personal Knowledge: Towards a post-critical philosophy*. Chicago: Universidad de Chicago.
- Ponce Solé, J. (2017). Reforma constitucional y derechos sociales. La necesidad de un nuevo paradigma en el Derecho público español. *Revista española de Derecho constitucional*, 11, pp. 67-98.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Revenga Sánchez, M. (2014). Derechos humanos y obligaciones positivas. En M.J. Bernuz y M. Calvo (eds.), *La eficacia de los derechos sociales* (pp. 73-88). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rey Martínez, F. (2012). Derribando falacias sobre derechos sociales. En J.L. Cascajo Castro et al. (coords.), *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX*

- Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rey Pérez, J.L. (2009). El futuro de los derechos sociales. *Miscelánea Comillas*, 130, pp. 257-281.
- Ripert, G. (1955). *Les forces créatrices du droit*. París. L.G.D.J.
- Roy, S. (2013). Le langage clair en droit: pour une profession plus humaine, efficace, crédible et prospère! *Les Cahiers de Droit*, 4, pp. 975-1007.
- Ruiz Miguel, A. (1994). Derechos liberales y derechos sociales. *Doxa*, 15-16, pp. 651-674.
- Sisti, P. L. (2018). La regresividad en los derechos económicos, sociales y culturales como categoría sospechosa. *Revista de Interés Público*, 1, pp. 179-194.
- Supiot, A. (2013). *Grandeur et mirère de l'Etat social*. París: Collège de France-Fayard.
- Thibierge, C. (2009). La force normative. En Catherine Thibierge et alii. *La force normative. Naissance d'un concept* (pp. 741-846). París: L.G.D.J.-Bruylant.
- Torres del Moral, A. (2011). El Estado Social. *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 9, pp. 20-53.
- Vaquero Caballería, M. (2011). *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*. Madrid: Iustel.
- Weber, M. (1980). *El político y el científico*. Buenos Aires: UNSAM.
- Zorrilla Ruiz, M. M.^a y Gordillo Pérez, L.I. (2012). Reflexiones sobre los niveles de garantías de los derechos sociales y principios rectores. En J.L. Cascajo Castro et al. (coords.), *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

