

LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES SEGÚN JUAN CARLOS GAVARA DE CARA

Tania GARCÍA SEDANO

RESUMEN: Comentario, con observaciones, al libro de Juan Carlos Gavara de Cara, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona, sobre la dimensión objetiva de los derechos sociales. La autora del comentario hace una serie de consideraciones sobre la óptica constitucionalista de la reversibilidad y advierte que la monografía de Juan Carlos Gavara, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona, tiene un carácter parcial «desde una perspectiva jurídica y subjetiva, desde una óptica innovadora y creadora». Se critica la carencia de menciones al ordenamiento de la Unión Europea y el perfil casuístico del libro.

PALABRAS CLAVE: Estado, Constitución española de 1978, Derecho electoral, Poder Judicial, Ciencia Política, Poderes públicos, Derechos de defensa, Derechos de prestación, Derechos de prestación política, Derechos sociales, Seguridad Social, Ámbito de protección real, Tribunal Constitucional alemán, Tratado de Maastrich.

El autor de la presente obra, Juan Carlos Gavara de Cara, es catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona en el Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Se doctoró en Derecho con Premio Extraordinario en la propia Universidad Autónoma de Barcelona. Las principales líneas de su investigación, en términos generales, se desarrollan en materia de derechos fundamentales, sistemas de fuentes del derecho y ordenamiento jurídico, Derecho electoral y Poder Judicial.

Se asienta la obra en la diferenciación entre derechos de defensa y derechos de prestación y las consecuencias de la misma. La diferenciación se realiza, siguiendo un criterio unánime desde una perspectiva doctrinal, atendiendo en primer lugar al momento histórico en que surgen y, por otro lado, en consideración a su contenido.

Desde la perspectiva del momento histórico, los derechos de defensa nacen vinculados a la idea de libertad, pero a la libertad en sentido individual, son derechos de carácter negativo que se identifican con la ausencia de coacción estatal. Por el contrario, los derechos de prestación son definidos y estructurados en función de la prestación estatal, implicando acciones de los poderes públicos. Son derechos que se articulan en acciones de carácter positivo, derechos de carácter organizativo y procedimental.

En segundo lugar, en cuanto a la diferenciación fundada en el contenido, se sustenta esta diferencia en el contenido prescriptivo que encierran los correspondientes derechos fundamentales, obligaciones, prescripciones o deberes que deben cumplir los destinatarios de los derechos fundamentales a favor de los titulares de los mismos. En cuanto a los derechos de prestación en su contenido cabe caracterizar dos tipos de prestación, según la acción positiva del destinatario consista en acciones fácticas de tipo social o económico o en acciones que impliquen decisiones públicas.

Los derechos de prestación implican una heterogeneidad de criterios materiales y factuales de realización. Desde un punto de vista material aparecen frecuentemente interrelacionados tanto los derechos de defensa

como los derechos de prestación, ya que la dimensión organizatoria o procedimental de cualquier derecho, no deja de ser una prestación de carácter normativo o fáctico que debe realizar el Estado.

Algunos derechos de defensa poseen una dimensión social expresa o implícitamente prevista por la regulación constitucional del correspondiente derecho fundamental, que eventualmente puede implicar acciones de protección y de intervención del poder público que tienda a anular la dimensión defensiva.

Los derechos prestacionales en sentido material se identifican por necesitar una acción positiva de carácter fáctico por parte de los poderes públicos o una articulación de normas y decisiones políticas. Se caracterizan a través de medidas de protección de las posiciones jurídicas constituidas por cualquier derecho fundamental que incluye tanto el análisis de las consecuencias de su configuración normativa como de las circunstancias de su aplicación a los casos concretos.

La dimensión organizativa y procedimental de los derechos fundamentales se puede relacionar con los derechos sociales, ya que tienen en común el contenido prescriptivo, que en ambos supuestos requiere necesariamente acciones estatales para su realización.

Sin dicha implementación sería difícil determinar un contenido concreto que fuera susceptible de ser aplicado por los órganos judiciales.

Por otra parte, los derechos de participación política se pueden interrelacionar con los derechos sociales, ya que, precisan una configuración jurídica de carácter previo sobre su contenido y sus consecuencias.

Al respecto el artículo 1.1 de la Constitución establece, en lo que ahora nos interesa, que España es un Estado democrático, el artículo 6 de la Constitución Española señala que los partidos políticos expresan el pluralismo político, el artículo 9.2 contiene un mandato a los poderes públicos que deberán promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social y el artículo 23.1 de nuestra Carta Magna afirma que: «Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal».

La protección de los derechos se debe desarrollar tanto frente a los aspectos de configuración como de aplicación de normas jurídicas, operando de forma paralela tanto en relación con los derechos de defensa como de prestación.

En ese sentido, la vinculación positiva de los derechos fundamentales a los poderes públicos desempeña una función de nexo entre ambos tipos de derechos, ya que en caso contrario la consecuencia sería la desaparición de la utilidad de la distinción entre derechos de defensa y de prestación.

En general, se podría afirmar que cualquier derecho de configuración legal encierra un derecho de prestación. No obstante, este sentido, es excesivamente amplio, ya que si se acepta podría implicar que todos los derechos son de prestación, por lo que es preferible asimilar el derecho de prestación con el sentido más restrictivo de derecho a acción positiva estatal como contenido primario y primordial.

Los derechos de prestación, a diferencia de los derechos de defensa, tienen como destinatario prácticamente exclusivo a los poderes públicos, por lo que se

interrelaciona de forma directa con la vinculación positiva a los derechos fundamentales (art. 53.1 CE). No obstante, con carácter excepcional, y en ocasiones matizando incluso el propio carácter prestacional del derecho, pueden considerarse como destinatarios de estos derechos a las personas privadas.

Los derechos de prestación, cuentan con el efecto reflejo que permite al titular emprender acciones destinadas a la protección de sus derechos. Generalmente, cuando estos derechos son incluidos en la Constitución y dan lugar a pretensiones que son aplicables directamente a favor de los ciudadanos, responden a necesidades sociales que se quieren superar de forma permanente, de modo que la prestación se realiza sin dificultades económicas o materiales para los poderes públicos que cuentan con una organización y ordenación procedimental y procesal suficiente para la efectiva realización y satisfacción de los derechos.

En cambio, para otros derechos como los vinculados a la Seguridad Social que se relacionan con una realidad cambiante, la formulación concreta desde un punto de vista constitucional debe posibilitar el cambio de situación sin necesidad de reforma constitucional mediante un reconocimiento relativo y una configuración abierta.

La afirmación debe ser objeto de una lectura cauta, los derechos vinculados a la Seguridad Social considero que no se relacionan con una realidad cambiante. Se vinculan con el Estado Social que propugna la Constitución en su artículo 1.1.

El artículo 41 de nuestra "*norma normarum*" afirma: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres».

Luego la realidad jurídica no es cambiante, no se ha reformado la Constitución en este tema desde 1978, y tampoco lo es la realidad social. Hoy inmersos en una crisis económica sin precedentes con casi cinco millones de parados no podemos decir que la realidad ha cambiado y pretender amparar un vacío de estos derechos.

Lo que ha cambiado es la situación económica y lo que debería cambiar es la impunidad, prescindiendo de la responsabilidad democrática, con que los Gobiernos adoptan medidas sin sujetarse a lo establecido a la Constitución y las Leyes (artículo 97).

El ámbito de protección real y efectivo se configura a partir de límites, condiciones y requisitos, articulados en leyes y demás normas de desarrollo, que deberán superar el proceso de justificación constitucional y las cautelas formales y materiales previstas en la Constitución a través de instituciones como la reserva de ley o la garantía del contenido esencial.

A diferencia de lo que sucede en los derechos de defensa, la infracción de los derechos de prestación se suele cometer frecuentemente por la omisión de la acción positiva que debía cometer el poder público.

El contenido prescriptivo conectado a los derechos de prestación implica la realización de acciones positivas por parte de los poderes públicos, de modo que se produce una integración en la vinculación positiva de carácter genérico de los poderes públicos (53.1 CE).

En cualquier caso, las específicas y concretas acciones positivas de protección y dotación de eficacia a los derechos de prestación requieren concreción normativa adoptada por el legislador. Las deducciones de acciones positivas que concreten el deber de protección de los poderes públicos en materia de derechos de prestación a partir de las normas constitucionales de forma directa presentan dificultades debido a que solo alcanza un contenido mínimo.

Sin la concreción normativa de estas acciones positivas de protección y de configuración normativa, los derechos de prestación no desarrollan su potencial contenido prescriptivo, ni identifican el alcance real de su protección.

Los derechos sociales se caracterizan por tener como contenido pretensiones de protección por parte de los poderes públicos con la finalidad de proteger intereses de miembros de la comunidad a través de acciones dirigidas a mejorar la situación general del individuo en la sociedad.

Los derechos sociales presentan dificultades para ser caracterizados autónomamente como categoría jurídica, ya que su contenido prescriptivo es híbrido al poderse articular tanto como derecho de defensa como derecho de prestación.

Estos derechos de carácter social que desarrollan y aplican los poderes públicos con independencia de su articulación en el texto constitucional se pueden ordenar en función de cuatro grupos distintos de prestaciones o acciones factuales que el destinatario debe desarrollar, que generalmente solo poseen efectos descriptivos y pueden considerarse como las consecuencias de implementación de dichos derechos sociales.

En primer lugar, las prestaciones sociales en sentido estricto como las ayudas sociales, las familiares, el fomento de la formación profesional (...) estas medidas se dirigen a la producción y mejora de las condiciones de justicia social y se realizan mediante la distribución de fondos financieros y efectivos monetarios que presuponen la existencia de una previa partida presupuestaria con una finalidad concreta relacionada con las distintas temáticas de derechos sociales.

En segundo lugar, las pretensiones de subvenciones y acciones de fomento de actividades de interés público, relacionadas con determinadas actividades de carácter cultural, social o profesional. Estas subvenciones implican la distribución de medios financieros que presuponen la existencia de una previa partida presupuestaria basada en criterios de oportunidad política.

En tercer lugar, las pretensiones en el marco de la procura existencial que implican la creación y utilización de servicios públicos y de instituciones públicas. Este supuesto se realiza generalmente mediante el principio de neutralidad de costes, es decir, el derecho a la prestación se obtiene previo pago de un precio que puede cubrir en mayor o menor medida el coste real del servicio, pero que no debe encerrar o incluir necesariamente un beneficio para el Estado.

Esta autonomía conceptual de los derechos sociales ha permitido que sus contenidos sustanciales y materiales dejen de ser considerados como presupuestos de la libertad individual, pero al mismo tiempo que se enfatice su dimensión objetiva.

En este sentido, más que unos derechos dirigidos a la protección de sus titulares, se entiende que son unos derechos centrados en la protección de los objetos materiales o bienes jurídicos objetivos que protegen.

Los derechos sociales no son *self executing*, ya que frecuentemente no se articulan desde un punto de vista constitucional como derechos subjetivos de los ciudadanos, de forma que precisan para fijar su alcance y configuración de normas infraconstitucionales.

Desde un punto de vista jurídico no es imposible su establecimiento en la Constitución pero deben responder a necesidades sociales que se quieran superar de forma permanente y que el poder público tenga la capacidad de su realización desde un punto de vista económico. No obstante, también se reconocen derechos sociales que se relacionan con una realidad cambiante, de forma que su formulación concreta en la Constitución debe tener la capacidad de adecuarse al cambio de situación sin ser necesaria una reforma constitucional.

Desde la óptica de la necesidad de la concreción normativa esta es precisa no solo para determinar el alcance concreto del contenido prescriptivo del derecho sino también para determinar sus deberes positivos para proteger y dotar de eficacia al objeto de dichos derechos.

La necesidad de concreción llega, incluso, a la determinación de la titularidad de los derechos sociales, ya que aunque se trata de derechos perfectamente universalizables para el conjunto de los ciudadanos, en su determinación y configuración normativa se pueden fijar criterios para que desde un punto de vista subjetivo se dirija a colectivos o personas integradas en las situaciones de necesidad básicas protegibles por los derechos.

Los derechos sociales integrados en el capítulo tercero de la CE se concretan de conformidad con el artículo 53.3 CE, en que sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

El Tribunal Constitucional ha afirmado que la naturaleza de los principios rectores hace improbable que una norma legal sea considerada inconstitucional por omisión, es decir, por no atender el mandato en el que cada principio se concreta a los poderes públicos y en especial al legislador.

La norma constitucional que establece estos derechos sociales se considera directiva de interpretación en relación a los conceptos indeterminados, de forma que como directiva debe ser observada y respetada en el caso del ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

Los criterios para determinar la prohibición de defecto de protección son frecuentemente los contrarios a los utilizados en el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

El Tribunal Constitucional alemán establece tres criterios para determinar la insuficiencia normativa y que son: el principio de efectividad que trata de determinar es estándar de protección efectiva de un derecho fundamental, el principio de indispensabilidad de la protección que sirve para medir la suficiencia de la protección desarrollada por el legislador y el principio de racionalidad que implica el análisis de la medida de protección y dotación de efectividad adoptada en contraposición a la finalidad perseguida.

El principio de irreversibilidad de los derechos sociales implica una prohibición de retroceso social que puede considerarse una consecuencia de la reserva de lo posible, entendida como aquello que el individuo razonablemente puede exigir de la sociedad.

En la mayor parte de los sistemas se admite que el legislador pueda adoptar disposiciones que modifiquen desfavorablemente la regulación de relaciones

jurídicas establecidas en los derechos sociales, pero no de una forma irracional sino que esta posibilidad sólo es admisible en el marco de una exigencia de equilibrio financiero inderogable.

Alegar que el hecho de que el equilibrio presupuestario es una exigencia inderogable, resulta curioso. Las Cartas Magnas dicen una cosa y demasiadas veces, desgraciadamente, chocan con realidades muy tozudas.

El Tratado de Maastricht (1992) ya establecía un techo máximo de déficit del 3 por ciento del producto interior bruto y, precisamente, tanto Alemania como Francia se lo saltaron cuando lo necesitaron pero, además, pese a existir esta cláusula estamos en una situación de crisis nacida con posterioridad a 1992, fecha del Tratado de Maastrich.

La sola exigencia de equilibrio financiero no es suficiente. La responsabilidad no ha sido una característica predicable de nuestros gobernantes y por ello la situación actual, es la que es.

La lógica de la irreversibilidad de los derechos sociales se relaciona, por el autor, con el planteamiento clásico propio del derecho privado de los derechos adquiridos, de los efectos de reconocimiento de garantías institucionales en la Constitución.

El autor afirma: «Sólo es aplicable (la reversibilidad) en la medida que se considere una deducción de la Constitución». A este punto debemos hacerle, alguna, objeción y es que la Constitución como norma programática no define de manera clara, ni siquiera, la forma económica del Estado, por tanto ¿cualquier reversibilidad podrá ser una deducción de la Constitución?

Considero desde la óptica constitucionalista que la reversibilidad debería quedar sujeta a algún requisito añadido y es que es, excesivamente, genérica esta afirmación y las consecuencias a las que conduce podrían suponer un despojar de contenido al Estado Social.

Puede parecer una crítica desmesurada, pero podemos justificarla si no perdemos de vista dos cuestiones. La primera España se caracteriza como un Estado Social (vid art. 1.1 de la Constitución) y la ubicación de esta manifestación hace que constituya, en opinión del desaparecido Gregorio Peces-Barba, un auténtico pórtico normativo y por tanto vinculante en la determinación de las políticas a adoptar por el legislador.

En segundo lugar, el artículo 9.2 de nuestra Constitución establece que: «2. Corresponde 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; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Concluye el autor, que la condicionabilidad de los derechos sociales, la reserva de lo posible puede considerarse una exigencia constitucional derivada de sus propias normas que admite la incapacidad financiera del Estado para cumplir con los mandatos constitucionales, pero exige la irreversibilidad de los derechos sociales y el cumplimiento de los parámetros aplicables a la restricción de derechos.

Frecuentemente se utiliza el principio de igualdad material como fundamento y objetivo o finalidad de los derechos sociales y de las distintas medidas de configuración concreta de los derechos sociales, es decir, como criterio de justificación de su constitucionalidad en caso de que se realice un control posterior.

El principio de igualdad sustancial (9.2 CE) tiene capacidad evolutiva, es decir, permite adoptar medidas distintas y sostenidas en el tiempo para poder adoptar las medidas necesarias de corrección de desigualdades en función de las coyunturas, y carece de carga axiológica o ideológica.

El artículo 149.1.1 CE atribuye al Estado competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales.

El Tribunal Constitucional ha declarado que las “condiciones básicas” hacen referencia al contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales, prestaciones básicas, premisas o presupuestos previos.

En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta que impida un margen de actuación de los entes territoriales.

Los derechos sociales se deben conectar con el ámbito propio de las políticas públicas de carácter social e intervencionista caracterizado por la adopción de planes de acción y actuación pública, que serán los mecanismos para garantizar la eficacia final de los derechos sociales.

La determinación de la proyección social de la Constitución, es decir, el análisis de las reglas básicas de implementación de políticas públicas de carácter social previstas en la Constitución tiene una amplia capacidad de utilización en el análisis de los derechos sociales.

Seguramente la historia del origen y el desarrollo del Estado social moderno es inseparable en los Estados compuestos de la articulación y resolución de los conflictos de competencias que genera el poder.

En cuanto a las relaciones de los derechos estatutarios de carácter social interrelacionados con diversos títulos competenciales se pueden estructurar en torno a diferentes modelos de relación.

1º Se puede producir un solapamiento del reconocimiento estatutario del derecho por la implementación de una política pública autonómica de carácter social.

2º Implementación de la política pública autonómica de asistencia social como mecanismo de creación de los derechos sociales.

3º Responde a la inexistencia de un derecho estatutario a la asistencia sanitaria al margen de la política pública integral de sanidad pública.

4º Responde a la articulación de una política pública autonómica de protección mediante derechos estatutarios interrelacionados.

La implementación multinivel de los derechos sociales y civiles como función concurrente de los poderes públicos

Tras el análisis de los términos generales estudia, el autor, varias cuestiones, así:

«A. El solapamiento del reconocimiento estatutario del derecho por la implementación de una política pública autonómica de carácter social: el derecho al medio ambiente.

B. La implementación de la política pública autonómica de asistencia y protección social como mecanismo de creación de derechos sociales y civiles con repercusión social.

C. La inexistencia de un derecho estatutario a la asistencia sanitaria al margen de la política pública integral de sanidad pública: el derecho a la salud.

D. La articulación de una política pública autonómica de protección mediante derechos estatutarios interrelacionados con una pluralidad de títulos competenciales del Estado. Derechos de los consumidores.

E. La inexistencia de un derecho al margen de la implementación de una política pública autonómica propia: el derecho a una vivienda digna».

No entraremos en el análisis pormenorizado de estas temáticas por ser muy casuísticas y estar desvinculadas de la situación actual por lo que carecen de vigencia y de interés.

La monografía que nos ocupa versa, como su título indica, sobre la dimensión objetiva de los derechos sociales. La visión que ofrece es objetiva, aunque parcial, desde una perspectiva jurídica y subjetiva desde una óptica innovadora o creadora.

En cuanto a la perspectiva objetiva, desde un punto de vista técnico es indiscutible la vinculación que los ciudadanos y los poderes públicos tenemos con la Constitución, ex artículo 9.1, y con las sentencias del Tribunal Constitucional, ex artículo 38 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por ello no puedo objetar tacha a una parte de lo expuesto por Juan Carlos Gavara de Cara. No obstante, es posible innovar con base jurisprudencial aunque, en ocasiones, pueda resultar arriesgado.

Este riesgo no ha sido asumido por el autor que expone la doctrina más consolidada sin cuestionar ¿Dónde queda el Estado Social?, ¿Dónde está el valor interpretativo de los principios rectores de la política social y económica?, ¿Cómo dar efectividad a la vinculación que ese capítulo de la Constitución tiene para con los poderes públicos?.

La afirmación de la perspectiva parcial de la monografía radica en que el autor no hace ni una sola mención al ordenamiento de la Unión Europea.

En ese sentido tenemos que recordar que siguiéndose las previsiones del artículo 93 de la Constitución Española, las Cortes Generales, autorizaron, por Ley Orgánica 10/85 de 2 de Agosto, el ingreso de España en las Comunidades Europeas mediante la cesión a estas de diversas competencias, lo que se instrumentó a través de la firma del Acta de Adhesión con efectos desde el día 1 de enero de 1986.

El ingreso de España significó, entre otras cosas, la inmediata aplicación en España del Derecho comunitario que pasó, conforme al artículo 96 de la Constitución, a formar parte del Ordenamiento interno.

Resulta curioso prescindir de una parte del ordenamiento interno en un libro de estas características y considero que esta omisión resta carácter técnico a la obra.

En otro orden el libro incide en el análisis del derecho al medioambiente, a la salud, a una vivienda digna y adecuada, pero somete el estudio a la legalidad vigente en el momento de publicación del libro y lo hace, como ya he adelantado, de una forma muy casuística lo que priva a su monografía de interés una vez que la legislación se ha modificado o derogado.

Desde una perspectiva subjetiva, el libro no ofrece ni una sola tesis que innove, concediendo a los derechos sociales una perspectiva de futuro, desvinculándolos de condicionamientos como pudieran ser los económicos.

En cuanto al valor, interés y utilidad del trabajo recensionado señalamos que la presente obra no es imprescindible para el público especializado por ser parcial tanto en el objeto como en la perspectiva.

Para el público general el lenguaje utilizado hace que pueda resultar de difícil comprensión. Estas afirmaciones junto con la valoración crítica permiten concluir que no se trata de una obra que vaya a pasar a los anales del Derecho. [*Recibido el 22 de abril de 2015*].