

## **ELS DRETS SOCIALS, AVUI**

José Luis Cascajo Castro\*

### **Sumari**

I. Introducció

II. Drets socials i estatuts d'autonomia

III. Rellegint la doctrina: R. Alexy i L. Ferrajoli

IV. A tall d'epíleg

---

\*José Luis Cascajo Castro, catedràtic de dret constitucional de la Universitat de Salamanca, Facultat de Dret, Campus Miguel de Unamuno, 37007 Salamanca cascajo@usal.es.

Article rebut el 25.10.2008. Avaluació: 17.12.2008. Data d'acceptació de la versió final: 9.01.2009.

## I. Introducció

Quan observo l'oligàrquica classe política que diu representar-nos, dubto de la seva capacitat per sortir del temps immediat i alhora temo pel seu afany de convertir-nos, com diria Pocock, en simple material passiu d'algú eternament ansiós d'inventar per nosaltres. Perquè els drets socials no estan només en les declaracions dels polítics, sinó sobretot en la vida que té lloc a les escoles, els habitatges, els hospitals, és a dir, allà on estem junts. Allà on la persona de carn i os, com a titular de la part alíquota dels béns que suposa la vida en comú, coincideix amb altres persones en una pràctica diversificada i conformada pel dret, el poder polític i la cultura.

És cert que, com s'ha dit, l'home no viu només de drets, però no és pas menys cert que, a hores d'ara, no podem prescindir del valor i el significat de les declaracions de drets que reconeixen necessitats i aspiracions vitals. Sense un nivell determinat en l'exercici i el gaudi d'aquests drets, cal ser molt cínic per poder parlar de vida digna. S'entén així la proliferació de normes de diferent tipus i rang en els diversos catàlegs de drets socials i l'aparició, amb l'evolució de la societat, d'altres de nous que, de moment, podríem dir que són en camí.

El model nord-americà ensenya que la funció dels catàlegs de drets no és extingir desacords, dins de les condicions de pluralisme raonable que es donen en les democràcies occidentals, sinó la de proveir un marc dins del qual puguin coexistir aquests desacords.

No obstant això, aquest marc de drets no es pot entendre com si es tractés de fórmules completament buides. No admeten qualsevol tipus de significat. Hi ha limitacions que vénen donades pel llenguatge o per determinades convencions interpretatives que serviren per dotar d'una certa estabilitat el contingut de cada dret.

Avui corren temps que banalitzen, en interès dels partits polítics, la diferència que hi ha entre la història política de la qual se senten els únics protagonistes i el dret. Uns temps que confonen deliberadament la font que crea el poder de reforma amb l'activitat que exerceix el poder esmentat.

No queda més remei que protegir-nos d'aquest «presentisme» matusser, això és, de la incapacitat per sortir de l'immediat i el simple,<sup>1</sup> amb l'ajuda de la reflexió crítica i l'exemple. Com deia el recentment desaparegut V. Foa en el seu últim llibre, em desconcerta que no es parli mai de l'exemple, fins i tot que no existeixi com a categoria d'enjudiciament del comportament propi i aliè, i, tanmateix, com molt bé sabem, tot ve d'allà.<sup>2</sup>

## II. Drets socials i estatuts d'autonomia

En les circumstàncies històriques actuals, les matèries relatives als anomenats drets socials continuen sent objecte d'una regulació profusa. N'hi ha prou amb fer una ullada a les nostres últimes reformes d'alguns estatuts d'autonomia, per poder comprovar-ho.

---

<sup>1</sup> Cfr. V. Foa i F. Monteverchi, *Le parole della politica*, Torí, 2008, pàg. 56.

<sup>2</sup> Últ. *op. cit.*, pàg. 11.

Es manifesten així no solament la voluntat explícita del poder de reforma, sostingut per un conjunt de forces polítiques, sinó també les diverses fites i fins materials propis d'un estat social i democràtic, altament descentralitzat, que sotmet tota la seva actuació als imperatius de l'Estat de dret. De manera que els principis que inclou la densa fórmula de l'Estat social i democràtic de dret no es poden llegir com una juxtaposició paradoxal de principis contradictoris, sinó com a interrelació d'elements implicats formalment i materialment, que poden i han d'interpretar-se també a la llum del principi de l'autogovern. La divisió vertical dels poders públics entra aquí en joc amb tot el seu apogeu.

Des d'Alexy se sap que els drets socials configurats com a principis són mandats d'optimització, que es caracteritzen pel fet que poden ser complerts en diferent grau.<sup>3</sup> Però si el principi es fixa en un text que té el caràcter de font, cal reconèixer al principi un valor jurídic, encara que resulti problemàtic donar contingut a aquest valor. També cal recordar l'estructura alternativa d'aquests drets, que només exigeixen que es realitzi una de les diverses alternatives mitjançant les quals es pot garantir la seva protecció.<sup>4</sup>

La novetat rau ara, donada la asimetria endògena del nostre Estat compost, a garantir un règim jurídic descentralitzat dels drets socials, on es posa a prova el caràcter marcadament econòmic i funcional de l'autonomia en l'elaboració de les seves pròpies polítiques públiques, amb el seu corresponent correlat subjectiu de prestacions, sense trencar el marc estatal unitari de l'estatus de ciutadà, que se sustenta als articles 53, 81.1, 139.1 i 149.1.1a de la Constitució.

Perquè més d'un sospita que no hi ha una correlació estricta entre drets estatutaris i competències, o el que dit en altres termes significa que les declaracions estatutàries de drets no són potser l'afegitó de les competències pròpies.

Es pot pensar fins i tot que algunes atribucions de rigidesa a normes de rang estatutari, relatives a aquesta matèria, no tinguin prou encaix i suport a la Constitució. Es planteja així el problema de la relació entre el principi democràtic i la rigidesa dels estatuts.

El Tribunal Constitucional despatxa aquest greu assumpte dient que els estatuts podran establir amb grau divers de concreció normativa aspectes centrals de les institucions i competències que regulin, ja que no es pot oblidar que l'Estatut és obra d'un legislador democràtic, vehicle de la voluntat d'autogovern d'un determinat territori i expressió de la voluntat de l'Estat (STC 247/2007. de 12 de desembre).

L'argument serveix més per sortir del pas que per aconseguir un convenciment ple sobre la qüestió. Perquè encara que no es pugui parlar d'una divisió natural del treball entre els diversos nivells normatius, no sembla que tingui gaire sentit que un estatut d'autonomia superi l'àmbit de l'autogovern per interessar-se per

<sup>3</sup> Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, 2007, pàg. 20.

<sup>4</sup> García Manrique, Ricardo, últ. *op. cit.*, pàg. 28.

aspectes globals o generals del sistema, o que en sentit oposat s'ocupi detalladament de matèries que haurien de correspondre al legislador autonòmic.<sup>5</sup>

No és cap sorpresa recordar, a hores d'ara, que aplicar a aquest camp la possible dissociació del binomi validesa-eficàcia de la norma jurídica deixaria en lletra morta moltes disposicions relatives a aquest tipus de drets. Una vegada més cal repetir que el compliment de les condicions que possibiliten l'eficàcia d'alguns drets socials no depèn només de la regulació jurídica assolida. El Tribunal Constitucional no pot sinó reconèixer les normes estatutàries que contenen drets i principis, encara que per a això es vegi forçat a devaluar-ne el contingut i atenuar-ne la força. Però segons la meua opinió aquesta interpretació és purament de compromís, i en aquesta mesura està oberta encara a un canvi, perquè les solucions de compromís són sempre susceptibles d'evolució, quan s'alteren els equilibris en joc.

La nova dada normativa ve donada per l'atenció especial que presten els estatuts d'autonomia reformats als drets socials, el desenvolupament dels quals es descentralitza d'una manera ben patent. En els copiosos texts estatutaris es troben fàcilment aquest tipus de normes que contenen mandats al legislador, de la legitimitat dels quals no es pot dubtar si estan vinculats a les competències pròpies, o bé si assignen tasques que no comporten una invasió o substitució del legislador estatal.

No fa falta tenir gaire capacitat de predicció per suposar que la qüestió dels estàndards comuns de protecció judicial en matèria de drets pugui ser discutida, encara que només sigui perquè es tracta de normes subjectes a excepcions implícites que no poden ser determinades sinó en ocasió de la seva aplicació. Tampoc no és estrany que augmenti el nivell d'interferències entre els diferents legisladors a l'hora de definir els nivells essencials de les prestacions a què donen lloc els diferents drets civils, econòmics i socials. Però també es pot pensar que l'actual governança de sistemes complexos requereix garantir una certa circularitat flexible en la participació col·lectiva sobre les decisions que s'adoptin. Així s'afavoriria el pas de la lògica de la conflictivitat i l'antagonisme a la d'una complementaritat recíproca. Aquest pas es torna, encara, més necessari quan el criteri de la funció constitucional de l'Estatut no resol la dificultat d'assenyalar amb nitidesa els límits de la matèria estatutària. Perquè si tots els aspectes d'un estatut d'autonomia poden ser vistos en forma competencial i totes les competències s'instrumentalitzen al servei del major i millor autogovern, resulta difícil delimitar d'una manera certa i segura la matèria estatutària.

De tota manera, ja se sap que en el nou paradigma del constitucionalisme multinivell no es pot distingir un sol exponent del poder sobirà, tant si pretén ser un òrgan constitucional estatal o identificar-se amb el nivell estatal de govern o ni tan sols amb la suma dels nivells de govern de l'Estat. En aquest nou ordre d'idees, el principi d'unitat ja no es pot entendre com a expressió de les competències atribuïdes a l'Estat *stricto sensu*, sinó més aviat com el resultat de la lleialtat constitucional entre totes les articulacions territorials del poder públic.

---

<sup>5</sup> El vot particular de Rodríguez Zapata a la STC 247/2007, de 12 de desembre, al·ludeix a aquesta idea d'un estatut d'autonomia com a font del dret descontrolada, que amenaça de desestructurar el sistema: «Aquest caràcter de font de contingut legítim ambigu i imprecís i de força pètria de resistència, quant a la seva possibilitat de reforma, produeix uns efectes indesitjables en el nostre sistema de fonts que, cap a dalt, desconstrueix les competències constitucionals de l'Estat i, cap a baix, limita de manera greu el funcionament democràtic de les comunitats autònomes».

De vegades hom té la impressió que els nous estatuts s'han omplert de retòrica declarativa de normes i principis que desembocaran en un bloc de constitucionalitat d'interpretació molt difícil. Fins i tot es podria acabar declarant que algunes disposicions estatutàries no són contràries a la Constitució en la mesura que manquen de rellevància jurídica. Però aquest resultat, a més de superflu, devaluaria la normativitat de l'Estatut mateix. Negar eficàcia jurídica als principis estatutaris relatius a drets suposaria, a més, una afectació al principi de certesa jurídica i al contingut de l'autonomia estatutària.

Hi ha posicions per a les quals no hi ha objecció que els estatuts d'autonomia incloguin matèries relatives a drets fonamentals i principis rectors i fins i tot n'hi ha que sostenen que els sembla inevitable, sempre que se'n respecti la condició constitucional.

D'altra banda, és prou conegut el raonament aportat pel Dictamen del Consell Consultiu català referent a això. S'argumenta que el desenvolupament, la promoció i la protecció d'aquests drets està vinculada a l'exercici de les competències pròpies de la Comunitat Autònoma. També es diu que aquests drets serveixen d'impuls a l'acció dels poders públics de la Comunitat i que connecten amb la funció de l'Estatut ja que orienten i limiten l'exercici de les competències autonòmiques, respectant en qualsevol cas els límits constitucionals dels articles 81.1 i 149.1.1a de la Constitució.

De les 18 lleis aprovades el 2007 pel Parlament català, n'hi ha algunes que es poden entendre en aquest sentit: la relativa a l'Institut Català de la Salut, convertit en instrument de referència de la política sanitària de la Generalitat; la Llei de serveis socials, que descriu detalladament els drets i deures de les persones en relació amb aquesta matèria, o la Llei del dret a l'habitatge, que pretén incidir en el mercat immobiliari, adoptant determinades mesures,<sup>6</sup> per mitjà de tècniques de foment però també amb tècniques d'intervenció administrativa.

També hi ha un sector de la doctrina que no veu convenient ni valora positivament que els estatuts d'autonomia s'hagin de dotar d'una espècie de part dogmàtica. Encara que alguns admetin que no és inconstitucional, pensen que no és funció dels estatuts dur a terme aquesta tasca. Tampoc no falta qui s'apunta a la figura de la mutació, per tractar d'explicar el que sens dubte és un fet cert: el notable desenvolupament del dret positiu en aquest punt.

No cal entrar en el debat doctrinal sobre aquesta matèria, que, com gairebé sempre, acaba sent confús, poc aclaridor i d'escassa ajuda. Però potser sigui útil deixar constància de la posició mantinguda pels professors Aparicio i Barceló, segons la qual «la intenció expressa de regular un sistema propi de drets i llibertats que suposin l'expressió d'una de les facetes principals de l'autogovern manifestada d'aquesta manera als estatuts d'autonomia, encara que hagi de ser necessàriament en col·laboració amb el sistema constitucional, ha posat en relleu la impossible dissociació en les actuals democràcies entre la possibilitat d'exercici d'un poder polític propi i el reconeixement de drets i llibertats públiques».<sup>7</sup>

Efectivament, no sembla en absolut banal relacionar la finalitat de l'autogovern amb una atenció més detallada als drets i interessos dels ciutadans que integren els diferents ens públics territorials, és a dir, on es

<sup>6</sup> ACP *Anuari polític de Catalunya*, núm. 1, 2008, ICPS, Barcelona, pàg. 47 i seg.

<sup>7</sup> M. A. Aparicio (ed.), Josep M. Castellà, Enriqueta Expósito (coord.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 2008, pàg. 15. S'ha volgut perfeccionar, escriu M. A. Aparicio, l'ordenació jurídica pròpia (que és tant com fer-la més autosuficient) mitjançant una declaració de drets... potenciar el contingut jurídic dels drets socials mitjançant els estatuts. *Cfr.* pàg. 9.

desenvolupa la vida en comú i es materialitzen les prestacions als ciutadans d'una manera més pròxima i immediata.

Segons el que s'ha exposat fins ara, es podria pensar que aquestes normes estatutàries no poden ser enteses *inutiliter datae*, sinó que més aviat expressen una millor definició i adaptació a la Comunitat Autònoma de principis i valors continguts ja a la Constitució que funcionen com a línies de desenvolupament de polítiques públiques pròpies. En aquest sentit, dins dels respectius interessos de les diferents col·lectivitats, organitzades en comunitats autònomes, entrarien també les situacions jurídiques subjectives que es pretenen reconèixer als membres de les comunitats autònomes.

En aquest punt entraria en joc el legislador autonòmic, que actuaria fins i tot *praeter constitutionem* i després se sotmetria al control del Tribunal Constitucional. Alguns dels drets socials que s'han positivitzat als estatuts reformats tracten d'expressar diferents sensibilitats polítiques presents en cada Comunitat Autònoma. No es poden quedar en l'oblit com passa amb les bones promeses, sinó que demanen una lectura aplicable d'aquests drets. No són simples afirmacions retòriques; en el seu nivell mínim representen almenys enunciats de principis de naturalesa política i cultural i en el seu nivell màxim tenen el valor ple de les normes jurídiques.

Des d'aquesta posició es desprenen fàcilment dues conseqüències elementals. La primera fa referència al context institucional que exigeixen les declaracions estatutàries de drets, ja que pressuposen poders notables de les comunitats autònomes amb suficient dotació financera per a l'actuació efectiva dels principis i drets afirmats estatutàriament. La segona és la major complexitat que assoleix el bloc de constitucionalitat d'aquests drets, amb les disposicions estatutàries, que a efectes del seu ajust al que disposa la Constitució pot operar com a *tertium comparationis*.

En aquest moment de vocació «constituent» de les comunitats autònomes, sembla canviar la seva posició en l'ordenament, passant de ser la d'un ens territorial d'atribució a una altra més pròpia d'un ens amb competència legislativa general. Els estatuts reformats expressen un context de valors que reclamen judicis de legitimitat disponibles per fer valer i, si escau, enjudiciar les seves proclamacions.

La incorporació de nous drets socials als estatuts reformats té com a causa factors molt diferents. En general, la preocupació per aquest tipus de drets i principis rectoris busca una major legitimació del nivell autonòmic de govern i administració, a més de permetre una actualització del catàleg d'acord amb les circumstàncies del moment de la reforma. D'aquesta manera es poden ajustar millor, materialment i funcionalment, a les competències assumides. També donen un significat major a l'exercici de l'autogovern, a fi d'expressar de manera més precisa l'abast de l'autonomia política. Aquesta forma de raonament porta a vincular la regulació dels drets estatutaris al corresponent títol competencial, sense que per això es pugui utilitzar la incorporació d'una declaració de drets i principis a l'Estatut d'autonomia per alterar el règim de distribució de competències, ni la creació de títols competencials nous o la modificació dels ja existents, tal com estableix l'art. 13 de la Llei orgànica 2/2007, de 19 de març, de reforma de l'Estatut d'Andalusia.

En aquesta mateixa línia cal portar a col·lació l'art. 8.3 del vigent Estatut d'autonomia de Castella i Lleó en determinar que les disposicions estatutàries en matèria de drets i llibertats (títol I) no podran ser desenvolupades, aplicades i interpretades de manera que redueixin o limitin els drets fonamentals reconeguts per

la Constitució i pels tractats i convenis internacionals ratificats per Espanya. Atès que aquest mateix Estatut dedica l'art. 13 als «Drets socials» com una mena de codificació actualitzada d'aquests drets (educació, salut, serveis socials, drets laborals, drets de les persones grans i els menors d'edat, situacions de dependència i de discapacitat, dret a una renda garantida de ciutadania i drets a la cultura i el patrimoni), caldrà concloure que la descentralització d'aquests drets determina noves i complementàries situacions jurídiques subjectives d'avantatge, reenviades en molts casos al legislador autonòmic i que no tenen una protecció fàcil. Al meu parer, hi ha més voluntarisme polític que no pas encert tècnic i jurídic en dotar aquesta matèria de nivell i rang estatutari.<sup>8</sup> En tot cas, caldrà atènyer-se al que resulti del desplegament de l'Estatut, tan generós i prometedor en aquesta matèria.

Per donar compte d'aquests canvis, es podria parlar també dels senyals d'identitat d'una espècie de «ciutadania social» heterogènia i verificable, en la mesura que es materialitza en un conjunt de prestacions a càrrec dels poders públics autonòmics.

Oberta la veda per proclamar i regular drets més enllà dels continguts propis de la Constitució, era previsible que les forces polítiques que van protagonitzar el poder estatuent no s'autolimitessin amb un millor sentit de contenció i de major probitat política. En aquest sentit, s'han formulat com a «drets propis» drets ja existents, «respecte als quals [s']ha realitzat una “selecció” o una “reformulació” d'acord amb les necessitats, aspiracions o valors presents d'una manera o una altra en la ciutadania de la respectiva Comunitat Autònoma».<sup>9</sup>

L'operació no se saldarà sense costos jurídics, alguns probablement no desitjats. En primer lloc, si la titularitat dels drets estatutaris socials se cenyeix a la condició de ciutadans de la Comunitat Autònoma, és a dir, als qui tenen la condició política corresponent, que els estatuts vinculen a la tinença del veïnat administratiu i a la condició d'espanyol, poden aparèixer problemes de fragmentació i discriminació respecte dels qui no tenen l'estatus esmentat. En segon lloc es poden formular com a drets, sense que ho siguin, continguts la protecció i garantia dels quals no depenen exclusivament dels recursos propis de l'ordenament jurídic autonòmic, on ocupen una posició tan destacada. Es torna a oblidar de nou que, en aquest terreny, l'important no és tant declarar com a drets nous continguts d'un dret social o principi rector ja positivitzat, com poder garantir-los eficaçment. Per fer-ho, atès el caràcter transversal de la matèria, s'arriba a condicionar l'origen i l'aplicació d'aquests drets al compliment d'una mena d'obligació de fer exigible dels òrgans estatals o d'altres comunitats autònomes. Per això alguns autors consideren que «el principal dèficit d'aquestes declaracions és la dificultat d'identificar drets subjectius directament i immediatament exigibles [...] amb la consegüent afectació de la seva eficàcia».<sup>10</sup>

Fins i tot es pot pensar que els diferents drets socials també tenen diferències en el seu grau d'eficàcia, segons que siguin les seves diverses modalitats de positivització als respectius estatuts, deixant fora de perill les

<sup>8</sup> Cfr. el treball d'E. Seijas en el vol. col·lectiu cit. a la nota 7. Allà sosté que el catàleg és una aposta decisiva i definitiva per la consolidació d'aquesta Comunitat Autònoma, encara que adverteix que utilitzar les declaracions de drets com a factors potenciadors d'asimetries comporta grans riscos.

<sup>9</sup> Cfr. les conclusions d'E. Expósito i M. A. Cabellos en l'últ. *op. cit.*, pàg. 355.

<sup>10</sup> Últ. *op. cit.*, pàg. 360. No «s'entén gaire bé per què els drets que es connecten amb àmbits competencials no poden generar estatutàriament autèntics drets subjectius, possibilitat que es relega, però, a un pla infraestatutari», pàg. 361. En aquesta mateixa línia es posen en evidència «les dificultats derivades dels límits de les competències autonòmiques i de l'àmbit susceptible de regulació de la Comunitat, la qual cosa afecta en definitiva la mateixa extensió de la declaració i l'elenc dels drets susceptibles de ser-hi inclosos, però sobretot el sistema estatutari de garanties, que tendeix a manifestar mancances molt rellevants en el terreny jurídic». Cfr. F. J. Díaz Revorio, últ. *op. cit.*, pàg. 342. També són d'interès les conclusions i la valoració que fan sobre aquesta qüestió E. Sáenz i M. Contreras en el vol. col·lectiu citat, pàg. 283 i seg.

posicions jurídiques bàsiques d'igualtat que estableix l'art. 149.1.1a de la Constitució. De manera que els drets socials, avui, sense pretendre-ho específicament, poden esdevenir un autèntic banc de proves de l'autonomia política. Per això em sembla fonamental continuar vinculant els drets estatutaris socials al criteri de les competències pròpies, per no incórrer en l'error de prometre el que no es pot donar i no dissociar les polítiques públiques pròpies de la capacitat de decidir, és a dir, de la política d'autogovern *tout court*.

També el desenvolupament estatutari d'alguns dels continguts dels drets socials vincula el legislador autòmic i exigirà una resposta jurisprudencial sobre la titularitat, l'àmbit i l'eficàcia d'aquests drets. Donada l'heterogeneïtat d'aquestes noves declaracions de drets, que passen a integrar el bloc de constitucionalitat en la matèria, segons el que disposa l'art. 28.1 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional, es necessitarà la fixació de continguts mínims d'aquests drets per no lesionar l'exigible unitat i coherència del sistema.

En tot cas, que es pugui parlar d'una certa federalització dels drets socials no vol dir que hagi començat la carrera, entre les diferents comunitats autònomes, per assolir la carta social més avançada o, el que pot ser el mateix, més costosa.

## II. Rellegint la doctrina: R. Alexy i L. Ferrajoli

1. Malgrat tot el que s'ha escrit en els darrers vint anys sobre aquest tema, encara es pot llegir que «ara des del punt de vista dels continguts materials de la teoria dels drets fonamentals, la pregunta pels drets socials és la seva pedra de toc».<sup>11</sup>

En un debat recent de gran interès doctrinal s'ha recordat la coneguda teoria de R. Alexy sobre aquest tipus de drets, que considera com a subsidiaris del mercat i com a drets mínims. Tot i que es pot estar més o menys d'acord amb l'elaborada posició de l'autor esmentat, en qualsevol cas avui constitueix un punt de referència indefugible.

Per García Manrique «el tebi reconeixement dels drets socials en la teoria dels drets fonamentals d'Alexy projecta una ombra de dubte sobre la capacitat de la teoria per satisfer els ideals que hi ha darrere dels drets fonamentals i que legitimen els estats constitucionals moderns».<sup>12</sup> Garzón Valdés qüestiona que sigui el principi de llibertat fàctica el que fonamenti els drets socials i proposa a canvi el principi de la dignitat humana, que

---

<sup>11</sup> Cfr. *op. cit.* a la nota 3, pàg. 29. En publicacions recents (*Los desafíos de los Derechos Humanos, hoy*, vol. col·lectiu coordinat per Asís, R., Bondia, D. i Maza, E., Valladolid, 2007) ja he estat sostenint la necessitat d'una tutela pública d'alguns béns jurídics, a l'empara de les exigències del mercat. També el mercat com a institució d'integració social ha d'estar subjecte a regles verificades a través del procediment democràtic. No és una qüestió de més o menys Estat, sinó la comprovació empírica que un mercat sense controls degenera irremeiablement en un empori de mafiosos (pàg. 383). No podem ser complaents amb un eventual context on només pugui regnar la llei del més fort i del simple benefici econòmic... No es pot oblidar l'equilibri desigual que es produeix entre les exigències economicofinanceres i les exigències socials. De manera que s'ha d'insistir que el fi és la satisfacció dels drets socials de la persona i el mitjà és l'eficiència econòmica que ha de valorar també el càlcul dels costos i dels beneficis socials (pàg. 394). Es pot afirmar ben bé que els drets socials apareixen, doncs, com una connotació ineliminable de la democràcia, perquè on hi ha eleccions lliures i llibertat d'expressió acaba sent indefugible la preocupació per qüestions relatives a la justícia social (pàg. 384).

<sup>12</sup> Cfr. *op. cit.* a la nota 4, pàg. 35.



fonamentaria igualment tots els drets i no solament els de defensa.<sup>13</sup> També és a favor de la competència judicial per promoure la igualació material de les condicions socials. Per F. Bastida la fonamentalitat dels drets socials depèn de la seva articulació jurídica concreta per part del legislador constituent i en particular del seu alt grau de «preservació normativa»,<sup>14</sup> a favor del seu titular i davant el legislador. Tant el legislador constituent com l'estatut dels drets socials no haurien d'oblidar que són totalment autònoms per organitzar internament l'eficàcia dels drets esmentats, que com se sap no es configuren, generalment, com a normes d'autodisposició potencial ni són indisponibles pel legislador.<sup>15</sup> De manera que si, com diu Bastida, la fonamentalitat dels drets és una qüestió de grau, podríem parlar d'una fonamentalitat «líquida» segons la qual uns drets són jurídicament més fonamentals que uns altres en funció de la seva major o menor preservació normativa a favor del seu titular i davant el legislador.

Des que ja fa molts anys els drets socials es van qualificar com a drets de prestació i de configuració legal, en la majoria dels supòsits no sembla que s'hagi avançat gaire en el procés de la seva configuració dogmàtica.

El treball de L. Hierro en el volum col·lectiu que comentem<sup>16</sup> té la virtut, segons la meua opinió, de qüestionar amb detall la distinció tradicional entre els drets individuals i els drets economicosocials. El seu esforç analític és d'agrair encara que solament sigui per combatre tanta literatura fàcil que s'entossudeix a trobar diferències ontològiques entre drets on no n'hi ha cap.

Tampoc cal esforçar-se gaire per entendre que els interessos que tutel·len els drets socials, relatius a l'educació, el treball, la salut o l'habitatge, entren en col·lisió fàcilment amb altres drets i que sovint necessiten institucions, organització i procediments per a la seva tutela justa. De manera que l'exigible mediació legislativa que requereix aquest tipus de figures jurídiques és àmplia i en molts casos està per fer, a més de dependre de l'expansió de la riquesa material i cultural d'una societat.<sup>17</sup>

Si molts drets socials es troben positivitzats en els textos legals en forma de principis objectius, caldrà ponderar l'abast dels interessos (efectes) reflexos que en resulten.<sup>18</sup> La despreocupada equiparació que s'ha propiciat amb excessiva freqüència entre drets subjectius i interessos legítims, tant des del punt de vista material com processal, pot tenir en aquest camp dels drets socials uns efectes devastadors per al maneig i funcionament de l'ordenament jurídic.

<sup>13</sup> Últ. *op. cit.*, pàg. 39. És habitual l'apel·lació comuna a les possibilitats interpretatives dels valors de l'art. 1 CE i del concepte de l'art. 10.1 CE, que en ajudar a definir el sentit general dels drets fonamentals podrien constituir una base per a una certa construcció judicial de nous drets socials fonamentals (pàg. 38). Aquesta idea em sembla encertada en el pla de la fonamentació dels drets, però queden dubtes seriosos a l'hora d'utilitzar-la com a criteri de positivització i eficàcia d'aquests drets.

<sup>14</sup> Últ. *op. cit.*, pàg. 103 i seg. La posició de Bastida en aquest camp és rigorosament formalista i clara, contribuint així a incrementar els principis de certesa i seguretat jurídiques. Presenta, però, una propensió a deixar-se portar per criteris autoreferencials i estipuladors quan escriu que solament són fonamentals els drets que participen de la fonamentalitat de la norma fonamental de l'ordenament jurídic, la Constitució (pàg. 117).

<sup>15</sup> *Op. cit.*, pàg. 138.

<sup>16</sup> *Op. cit.*, pàg. 163 i seg.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, pàg. 201.

<sup>18</sup> *Cfr.* C. Pardo, últ. *op. cit.*, pàg. 398.

2. L'obra de L. Ferrajoli, basada en un model integrat de ciència jurídica on conflueixen teoria del dret, dogmàtica, filosofia política i sociologia del dret, és especialment interessant per analitzar el tema que ens ocupa.<sup>19</sup>

Ja fa temps que l'autor esmentat sostenia que «els drets de llibertat són efectius sempre si se sustenten en la garantia dels drets socials a prestacions positives: el dret a la subsistència i a la salut i, encara més, òbviament, en el dret a l'educació i a la informació. Sense la satisfacció d'aquests drets, tant els drets polítics com els drets de llibertat estan destinats a quedar-se només sobre el paper. No existeix participació en la vida pública sense la garantia de mínims vitals, és a dir, de drets a la supervivència, ni existeix formació de voluntat conscient sense educació i informació».<sup>20</sup>

Segons la meua opinió també és encertat subratllar la consideració dels drets socials com una suma de poders i facultats, atribuïts a tots i cada un dels membres del poble en carn i os. Per això, aquests drets són l'autèntica substància democràtica perquè es refereixen a cada persona, a tall de fragments de la sobirania de tot el poble.<sup>21</sup> La doctrina més atenta ja havia advertit el nexxe que lliga aquests drets amb el principi democràtic. Avui es plantegen nous desafiaments que tenen més a veure amb problemes de titularitat, àmbit d'aquests problemes i implementació en sistemes propis del constitucionalisme multinivell.<sup>22</sup>

En aquest sentit, Ferrajoli sosté «que en ordenaments complexos, articulats en diversos nivells, es produeixen *llacunes i antinòmies*. Aquesta possibilitat és un corol·lari del constitucionalisme rígid, el tret característic del qual és, per tant, l'espai virtual que aquest obre a l'existència d'un *dret il·legítim* originat en el possible desconeixement per part del legislador de la seva obligació d'aplicar les normes constitucionals.<sup>23</sup> La dificultat rau a exigir judicialment aquesta obligació d'una legislació d'aplicació dels drets establerts constitucionalment.

---

<sup>19</sup> Cfr. L. Ferrajoli, J. J. Moreso i M. Atienza, *La Teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, 2008.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, pàg. 81.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, pàg. 89.

<sup>22</sup> Com ja he escrit en una altra ocasió, aquí no és fàcil trobar el mateix patrimoni jurídic que hi ha darrere la pràctica aplicativa dels diferents nivells o una mateixa aplicació, per exemple, del metaprincipi de la dignitat humana. De manera que el problema no sembla que hagi de trobar una solució per part de la jurisprudència comunitària, sinó més aviat buscant en el patrimoni jurídic d'aquests drets, dins de l'ordenament que millor hagi solucionat les demandes jurídiques que els drets esmentats representen. Així doncs, la Unió Europea podria fixar nivells essencials de compliment, deixant al seu torn als estats membres la determinació de les polítiques pròpies per assolir els estàndards esmentats.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, pàg. 110.

És precisament en la llacuna o en la ineficàcia de les garanties legislatives, és a dir, de les lleis de desenvolupament dels drets socials, com el dret a la salut, a l'educació i a la subsistència, on rau avui —segons Ferrajoli— el principal factor d'il·legitimitat constitucional dels nostres ordenaments.<sup>24</sup>

És evident, com ha dit Atienza, que la de Ferrajoli és una concepció exigent del dret, que reconeix el caràcter essencialment ambivalent dels drets contemporanis i s'esforça, per dir-ho així, per fer que el dret compleixi les seves promeses en relació amb els drets fonamentals.<sup>25</sup>

Sosté també que una concepció principialista dels drets fonamentals acaba per debilitar de manera considerable la normativitat constitucional. És cert, a més, que el paper propositiu que assigna a la ciència jurídica potencia el costat emancipatori del dret i la seva funció crítica respecte a la pràctica real. Però mai no sobra en aquest camp un recordatori del nombre important d'incompliments que es poden produir, tant en forma d'antinòmies per comissió com de llacunes per omissió, la qual cosa dóna com a resultat un *dret il·legítim*, digne de crítica,<sup>26</sup> on no valen com a coartada ni els costos que es produeixen, ni les dificultats que presenten per a la seva aplicació.

#### IV. A tall d'epíleg

Segons la meua opinió, Ch. Courtis té raó quan escriu que «part del desafiament de pensar sobre drets socials avui dia té a veure amb la manera com concebre aquests drets independentment de la posició de treballador assalariat del seu titular».<sup>27</sup> Per aquesta via, que obeeix a un tipus de societat ja superada, queden sense resoldre els problemes que plantegen avui els grans col·lectius situats fora dels mecanismes habituals de distribució de la riquesa.<sup>28</sup>

La proposta d'aquest autor davant la necessitat de crear categories per pensar els drets socials que s'adeqüin a la realitat passa per l'experiència adquirida en l'àmbit internacional a l'hora d'elaborar un material substantiu que es desprèn de la pràctica del Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals o d'altres instàncies internacionals i regionals.<sup>29</sup> Però invocar a hores d'ara la clàusula d'obertura dels ordenaments estatals al dret internacional dels drets humans pot resultar una solució insuficient, a més de lenta.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, pàg. 112, i afegeix: «[...] en molts ordenaments falten les garanties primàries de molts drets socials. I, sobretot, falten tècniques jurídiques idònies per obligar els poders públics a introduir-les. Fins i tot, en molts casos falten les tècniques garantistes adequades per impedir o reparar el desmantellament en curs a molts països de les garanties socials existents».

<sup>25</sup> *Op. cit.*, pàg. 164.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, pàg. 205.

<sup>27</sup> *Cfr.* el seu treball en el vol. col·lectiu *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, 2007, pàg. 185 i seg.

<sup>28</sup> Últ. *op. cit.*, pàg. 188, on escriu: «Aquest és un problema sobre el qual encara no existeixen categories conceptuals gaire sòlides: el pensament i la capacitat de reacció dels juristes i dels reformadors socials han estat en general lents, i han quedat molt endarrerits respecte a una realitat que sembla allunyar-se irreversiblement de l'ideal de l'ocupació plena i estable».

<sup>29</sup> *Op. cit.*, pàg. 207: «[...] les organitzacions de la societat civil haurien de posar èmfasi en les possibilitats de desenvolupament de la justiciabilitat dels drets socials en el nivell local, mitjançant l'articulació *pro homine* d'estàndards constitucionals d'aquells provinents del dret internacional dels drets humans i dels continguts de les lleis que reglamenten drets socials».

Després de l'experiència que hi ha hagut en l'elaboració de l'anomenada Carta de Niça i en vista de l'evolució de la doctrina sobre la matèria, sembla indiscutible ja la interdependència i indivisibilitat entre drets civils i polítics i drets socials.<sup>30</sup>

També la legitimitat dels drets socials pot oscil·lar des del nivell individual fins a l'universal, passant pel col·lectiu, en funció del principi jurídic a què hagi de servir, ja sigui el de dignitat de la persona, el de solidaritat o bé el d'igualtat. Però aquesta matèria no admet generalitzacions fàcils i caldrà atènyer-se al que disposi cada ordenament jurídic. Altrament es corre el risc d'augmentar la asimetria entre validesa i eficàcia, que constitueix l'autèntic punt feble d'aquest tipus de drets.

Els vells llocs comuns sobre la major o menor justiciabilitat d'aquests drets, o el repartiment de funcions entre legisladors i jutges per implementar-los, han de donar pas avui a qüestions sobre procediments i tècniques que incideixin en una millor gestió dels serveis que, en règim jurídic de dret públic, privat, cooperatiu o mixt, subministrin les prestacions pròpies de la ciutadania. Aquí també es pot assenyalar la novetat que representa el procés d'implementació descentralitzada dels drets socials a les diferents comunitats autònomes.

Aplicant el que s'ha exposat anteriorment al dret a l'habitatge, es pot dir que l'ordenació territorial i urbanística dels darrers temps no ha tingut gaire en compte les estipulacions constitucionals que estableixen la tutela de l'interès general, l'assegurament a tothom d'una qualitat de vida digna i més concretament l'accés i gaudi del dret a un habitatge digne i adequat.<sup>31</sup>

Després de trenta anys no cal tornar a repetir que el text fonamental conté preceptes com els articles 45, 47, 148.1.3 i 149.1.23 que fan referència, directament o indirectament, a la variable territorial. S'hi invoca debades el valor de la indispensable solidaritat col·lectiva com a forma de legitimació i alhora com a finalitat. Però tot això no ha aconseguit frenar un estat generalitzat d'especulació, si no de corrupció, oposat frontalment a l'ordre de valors establert constitucionalment.

Alguns voldrien que el nostre dret urbanístic, sense retrocedir gens en les proteccions desplegades entorn del dret de propietat, incidís amb forces renovades en la protecció i la promoció d'altres drets i altres interessos afectats per la utilització del sòl, per tal d'ampliar la perspectiva, de vegades unívoca i limitada, del dret de propietat privada.<sup>32</sup>

Però el cert és que el resultat en aquesta matèria ha estat molt poc raonable. Al marge de les responsabilitats privades, que han estat nombroses, els poders públics no han estat respectuosos amb el mandat d'organització racional de la vida social que els pertoca per la seva competència en l'ordenació territorial i urbana.

---

<sup>30</sup> Cfr. G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, 2007, pàg. 41.

<sup>31</sup> Cfr. L. Parejo, *Documentación Administrativa*, núm. 271-272, 2005, pàg. 486 i seg.

<sup>32</sup> Cfr. J. Ponce Solé, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57, 1999, pàg. 353.